

---

# *Bürgerliches Vermögensrecht*

**Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut Rießmann**

**Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht  
Universität des Saarlandes  
2010**

---



|                  |   |           |
|------------------|---|-----------|
| <b>KAPITEL 1</b> | <i>Einführung und Grundlegung</i> .....                                   | <i>1</i>  |
| <b>I.</b>        | <b>Von den absonderlichen Weltbetrachtungen der Juristen</b>              | <b>1</b>  |
| 1.               | Der Lippenstift .....   | 2         |
| 2.               | Juristisches Rätsel § 164 Abs. 2 BGB.....                                 | 3         |
| a.               | Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) .....                                    | 3         |
| b.               | Offene Stellvertretung .....  | 6         |
| c.               | Verdeckte Stellvertretung (Kommission) .....                              | 6         |
| 3.               | Die Aufspaltung des Zigarettenerwerbs in (mindestens) drei Verträge ..... | 7         |
| 4.               | Das Wechselgeld .....   | 8         |
| <b>II.</b>       | <b>Aufgaben eines Juristen</b> .....                                      | <b>9</b>  |
| 1.               | Die Basisqualifikation .....  | 11        |
| 2.               | Das deduktive Hauptschema .....   | 13        |
| 3.               | Auslegung und Rechtsfortbildung .....                                     | 15        |
| a.               | Grundregeln der Auslegung (Hermeneutik).....                              | 15        |
| b.               | Rechtsfortbildung.....  | 16        |
| i.               | <i>Argumentationsfiguren der Rechtsfortbildung</i> .....                  | 16        |
| ii.              | <i>Analogie</i> .....   | 17        |
| iii.             | <i>Teleologische Reduktion</i> .....                                      | 18        |
| c.               | Rechtsanwendung nach Larenz.....  | 18        |
| <b>III.</b>      | <b>Das Zusammenspiel verschiedener Teile des BGB</b> .....                | <b>19</b> |
| 1.               | Das methodische Grundgerüst .....   | 20        |
| 2.               | Die Gutachtentechnik.....   | 21        |
| 3.               | Das Fallbeispiel.....   | 22        |
| 4.               | Gegenrechte .....   | 27        |
| 5.               | Anspruch und Verjährung .....   | 28        |
| a.               | Anspruch .....  | 28        |
| b.               | Verjährung .....  | 29        |
| i.               | <i>Verjährungsfrist</i> .....   | 30        |
| ii.              | <i>Beginn der Verjährungsfrist</i> .....                                  | 31        |
| iii.             | <i>Hemmung, Ablaufhemmung und Neubeginn der Verjährung</i> .....          | 32        |
| iv.              | <i>Fristberechnung</i> .....  | 33        |
| <b>IV.</b>       | <b>Beweislast</b> .....   | <b>33</b> |
| <b>V.</b>        | <b>Disziplinen und disziplinenübergreifende Wissensbereiche</b>           | <b>38</b> |

|  |               |
|--|---------------|
| <b>VI. Rechtsgebiete und -fachrichtungen .....</b>                   | <b>40</b>     |
| <b>VII. Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) im Überblick .....</b>      | <b>44</b>     |
| 1. Der Aufbau des BGB .....  | 44            |
| 2. Das Familienrecht .....   | 45            |
| 3. Das Erbrecht .....  | 47            |
| <b>VIII. Eine kleine Normenkunde .....</b>                           | <b>49</b>     |
| 1. Sozialnormen und Rechtsnormen .....                               | 49            |
| 2. Systematik der Rechtsnormen (Grundbegriffe zum Recht)             | 50            |
| a. Allgemeine Norm und Einzelfallregel .....                         | 50            |
| b. Positives Recht und (überpositives) Naturrecht .....              | 50            |
| c. Positives Recht und Gewohnheitsrecht.....                         | 51            |
| d. Materielles Gesetz und formelles Gesetz .....                     | 51            |
| e. Materielles Recht und formelles Recht.....                        | 52            |
| f. Verfassungsrecht und einfaches Recht.....                         | 52            |
| g. Richterrecht .....  | 52            |
| h. Objektives Recht und subjektives Recht .....                      | 53            |
| 3. Die Normgeltung .....   | 53            |
| a. Normenkonflikte .....   | 54            |
| b. Zwingendes Recht und dispositives Recht .....                     | 56            |
| <br><b>KAPITEL 2   <i>Rechtssubjekte und Rechtsobjekte</i> .....</b> | <br><b>59</b> |
| <b>I. Rechtssubjekte .....</b>                                       | <b>59</b>     |
| 1. Die natürliche Person.....  | 61            |
| a. Vermögenszuständigkeit und Rechtsfähigkeit.....                   | 61            |
| b. Selbstvertretung und Geschäftsfähigkeit .....                     | 62            |
| c. Verantwortung für unerlaubtes Handeln<br>(Deliktsfähigkeit).....  | 63            |
| d. Haftung für Dritte .....  | 64            |
| e. Rechtsgeschäftliche Stellvertretung.....                          | 64            |
| f. Haftungszuständigkeit .....                                       | 66            |
| 2. Personenzusammenschlüsse .....                                    | 66            |
| a. Die juristische Person .....                                      | 66            |
| i. Vermögenszuständigkeit und Rechtsfähigkeit.....                   | 66            |
| ii. Rechtsgeschäftliche Organvertretung .....                        | 67            |

|   |           |
|---|-----------|
| iii. Deliktische Verantwortung für Organhandeln ..... | 68        |
| iv. Haftung für Gehilfen.....                         | 68        |
| v. Haftungszuständigkeit.....                         | 68        |
| b. Gesamthandsgemeinschaften .....                    | 69        |
| i. Vermögenszuständigkeit.....                        | 69        |
| ii. Rechtsgeschäftliche Organvertretung.....          | 70        |
| iii. Deliktische Verantwortung für Organhandeln ..... | 71        |
| iv. Haftung für Gehilfen.....                         | 71        |
| v. Haftungszuständigkeit.....                         | 71        |
| <b>II. Rechtsobjekte.....</b>                         | <b>72</b> |
| 1. Sachen .....                                       | 72        |
| 2. Rechte.....  | 73        |
| 3. Besitz.....  | 74        |
| 4. Verpflichtung und Verfügung.....                   | 75        |
| 5. Trennungsprinzip und Abstraktionsgrundsatz .....   | 75        |

### **KAPITEL 3**    *Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen* 79

|   |           |
|---|-----------|
| <b>I. Die Vertragsautonomie.....</b>  | <b>79</b> |
| <b>II. Rechtsgeschäfte .....</b>  | <b>80</b> |
| 1. Allgemeines .....  | 80        |
| a. Primärschuldverhältnisse und Sekundärschuldverhältnisse                    | 80        |
| b. Die Arten der Rechtsgeschäfte.....   | 81        |
| 2. Die Willenserklärung im System der Rechtsgeschäftslehre                    | 82        |
| a. Handlungswille .....   | 83        |
| b. Erklärungsbewusstsein.....   | 83        |
| c. Geschäftswillen .....  | 87        |
| 3. Empfangsbedürftige und nichtempfangsbedürftige<br>Willenserklärungen ..... | 88        |
| a. Abgabe einer Willenserklärung.....   | 89        |
| b. Zugang einer Willenserklärung.....   | 90        |
| c. Zugangsverhinderung.....   | 93        |
| 4. Auslegung von Willenserklärungen .....                                     | 94        |
| 5. Verkehrstypisches und sozialtypisches Verhalten .....                      | 98        |
| 6. Schweigen als Willenserklärung .....                                       | 99        |

|                  |  |            |
|------------------|--|------------|
| <b>KAPITEL 4</b> | <i>Der Vertragsschluss</i>   | <b>103</b> |
| <b>I.</b>        | <b>Das Zustandekommen des Individualvertrages</b>  | <b>103</b> |
| 1.               | Das Modell des Vertragsschlusses durch Angebot und Annahme   | 103        |
| a.               | Das Vertragsangebot  | 104        |
| b.               | Die Vertragsannahme  | 110        |
| 2.               | Einigungsmängel  | 113        |
| a.               | §§ 154, 155 BGB und essentialia negotii  | 115        |
| b.               | Offener Dissens (§ 154 Abs. 1 BGB)   | 118        |
| c.               | Versteckter Dissens (§ 155 BGB)  | 119        |
| 3.               | Bedingungen und Befristungen   | 120        |
| a.               | Begriff und Bedeutung  | 120        |
| b.               | Zulässigkeit von Befristungen und Bedingungen  | 123        |
| c.               | Schutz des bedingt Berechtigten  | 125        |
| i.               | <i>Schutz des bedingt Berechtigten durch einen Schadensersatzanspruch bei Vereitelung oder Beeinträchtigung des bedingten Rechts</i> | 125        |
| ii.              | <i>Schutz des bedingt Berechtigten vor Zwischenverfügungen</i>   | 126        |
| iii.             | <i>Schutz des bedingt Berechtigten vor Vereitelung der Bedingung durch die andere Partei</i>   | 128        |
| 4.               | Widerrufsmöglichkeiten in Verbrauchergeschäften  | 130        |
| <b>II.</b>       | <b>Das Zustandekommen des AGB-Vertrages</b>  | <b>131</b> |
| 1.               | Bedeutung, Begriff und Abgrenzung zum Individualvertrag  | 131        |
| 2.               | Einbeziehungsvorgang   | 132        |
| 3.               | Einbeziehungsgrenzen   | 134        |
| 4.               | Inhaltsschranken   | 135        |
| a.               | Spezielle Klauselverbote   | 135        |
| b.               | Genereller Kontrollmaßstab   | 135        |
| c.               | Umgehungsverbot  | 136        |
| 5.               | Folgen aus Nichteinbezug und Unwirksamkeit   | 136        |
| 6.               | Verbraucherverträge  | 137        |
| <b>III.</b>      | <b>Elektronische Willenserklärungen</b>  | <b>138</b> |
| 1.               | Die Abgabe   | 139        |
| 2.               | Der Zugang   | 140        |

|   |            |
|---|------------|
| 3. Widerruf und Anfechtung .....                              | 141        |
| 4. Digitale Signaturen .....                                  | 141        |
| a. Funktionsweise digitaler Signaturen .....                  | 142        |
| i. Symmetrische Verschlüsselung .....                         | 142        |
| ii. Asymmetrische Verschlüsselung .....                       | 142        |
| b. Sicherung der Vertraulichkeit .....                        | 143        |
| c. Sicherung der Authentizität (Echtheit).....                | 143        |
| d. Digitale Signatur .....                                    | 144        |
| i. Zuordnung der Schlüssel zu Personen .....                  | 144        |
| ii. Web of trust .....  | 145        |
| iii. Trustcenter .....  | 145        |
| <b>IV. Der Vertragsschluss im UN-Kaufrecht.....</b>           | <b>147</b> |
| <b>V. Formvorschriften .....</b>                              | <b>158</b> |
| 1. Formzwecke .....   | 158        |
| a. Schutzfunktion .....                                       | 159        |
| b. Beweisfunktion .....                                       | 159        |
| c. Beratungsfunktion .....                                    | 159        |
| 2. Arten der Formen .....                                     | 159        |
| a. Schriftform (§ 126 BGB) .....                              | 159        |
| b. Öffentliche Beglaubigung (§ 129 BGB) .....                 | 160        |
| c. Notarielle Beurkundung (§ 128 BGB) .....                   | 160        |
| d. Besondere Formerfordernisse .....                          | 161        |
| e. Textform und elektronische Form.....                       | 161        |
| 3. Rechtsfolgen des Formmangels .....                         | 162        |
| a. Bewusste Nichtbeachtung der Form .....                     | 163        |
| b. Täuschung über die Formbedürftigkeit.....                  | 164        |
| c. Versehentliche Nichtbeachtung der Form.....                | 165        |
| 4. Durch Rechtsgeschäft bestimmte Form .....                  | 165        |
| 5. Formerfordernisse in gerichtlichen Verfahren .....         | 166        |
| <br><b>KAPITEL 5</b>  |            |
| <i>Gültigkeitsmängel eines</i><br><i>Rechtsgeschäfts.....</i> | <i>167</i> |
| <b>I. Willensmängel und Anfechtung .....</b>                  | <b>168</b> |
| 1. Geheimer Vorbehalt, Scheinerklärung, Scherzerklärung ...   | 168        |
| a. Geheimer Vorbehalt .....                                   | 168        |

|   |            |
|---|------------|
| b. Scherzerklärung .....  | 169        |
| c. Scheingeschäft .....   | 170        |
| 2. Irrtumsanfechtung .....  | 173        |
| a. Inhalts- und Erklärungsirrtum .....  | 174        |
| b. Kalkulationsirrtum .....   | 175        |
| c. Die Einschaltung von Boten .....   | 177        |
| d. Kausalzusammenhang .....   | 180        |
| e. Eigenschaftsirrtum .....   | 181        |
| f. Verdrängung des § 119 Abs. 2 BGB durch spezielle<br>Vorschriften des Besonderen Schuldrechts ..... | 186        |
| g. Der beiderseitige Irrtum .....   | 187        |
| 3. Täuschung und Drohung .....  | 188        |
| a. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung .....   | 189        |
| b. Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung .....  | 192        |
| c. Die Beteiligung mehrerer Personen .....  | 195        |
| 4. Vornahme und Wirkung der Anfechtung .....  | 198        |
| a. Vornahme der Anfechtung .....  | 198        |
| b. Wirkung der Anfechtung .....   | 199        |
| <b>II. Geschäftsfähigkeitsmängel .....</b>  | <b>201</b> |
| 1. Begriff der Geschäftsfähigkeit .....   | 201        |
| 2. Geschäftsunfähigkeit .....   | 201        |
| 3. Beschränkte Geschäftsfähigkeit .....   | 203        |
| a. Rechtlich vorteilhafte Erklärungen .....   | 203        |
| b. Rechtlich neutrale Geschäfte .....   | 204        |
| c. Zustimmungsbefürftige Willenserklärungen .....   | 205        |
| <i>i. Einwilligung</i> .....  | 205        |
| <i>ii. Genehmigung</i> .....  | 206        |
| d. „Taschengeldparagraph“ .....   | 206        |
| e. Erweiterte Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen .....   | 207        |
| f. Einwilligungsbefürftige einseitige Rechtsgeschäfte .....   | 207        |
| 4. Bagatellgeschäfte des täglichen Lebens .....   | 208        |
| a. Ziele des Gesetzgebers .....   | 208        |
| b. Regelungsprinzipien .....  | 209        |
| c. Anwendungsvoraussetzungen .....  | 211        |
| <b>III. Zustimmungserfordernisse .....</b>  | <b>213</b> |



|  |            |
|--|------------|
| 1. Arten der Zustimmung .....  | 214        |
| 2. Einwilligung und Genehmigung .....  | 214        |
| 3. Verfügungsermächtigung .....  | 215        |
| <b>KAPITEL 6</b> <i>Gültigkeitsgrenzen eines Rechtsgeschäfts</i> .....   | <b>217</b> |
| <b>I. Gesetzeswidrigkeit (§ 134 BGB)</b> .....   | <b>218</b> |
| 1. Verbotsgesetz .....   | 218        |
| 2. Folgen des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz .....  | 221        |
| 3. Umgehungsgeschäfte .....  | 223        |
| <b>II. Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)</b> .....  | <b>225</b> |
| 1. Verstoß gegen die „guten Sitten“ (§ 138 Abs. 1 BGB).....  | 226        |
| a. Begriff der „guten Sitten“ .....  | 226        |
| b. Gegenstand des Sittenwidrigkeitsurteils .....   | 228        |
| c. Zeitpunkt des Sittenwidrigkeitsurteils.....   | 228        |
| i. <i>Subjektives Element?</i> .....   | 229        |
| 2. Fallgruppen .....   | 231        |
| a. Knebelungsverträge.....   | 231        |
| b. Schädigung Dritter .....  | 232        |
| c. Kommerzialisierung des höchstpersönlichen Bereichs..  | 232        |
| d. Verstöße gegen die Ehe- und Familienordnung.....  | 235        |
| e. Verstöße gegen Standesregeln .....  | 235        |
| f. Ausnutzung von Machtpositionen und Überforderung des Schuldners, insbesondere die Bürgenentscheidungen des BGH und des BVerfG ..... | 236        |
| 3. Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB).....  | 240        |
| a. Objektive Voraussetzungen .....   | 240        |
| b. Zwangslage usw.....   | 241        |
| c. Subjektive Voraussetzungen .....  | 242        |
| d. Verhältnis des Wuchertatbestandes zu § 138 Abs. 1 BGB.....  | 243        |
| e. Rechtsfolgen sittenwidriger Geschäfte .....   | 243        |
| 4. Insbesondere: Wucherähnliche Ratenkredite .....   | 244        |
| a. Methoden zur Berechnung des effektiven Jahreszinses.  | 246        |
| b. § 4 der Preisangabenverordnung  |            |

|   |            |
|---|------------|
| vom 14. Oktober 1992.....   | 247        |
| c. Tilgungsgenaue Verrechnung nach dem Verzugsmodell                                      | 248        |
| d. Die bankübliche Genauigkeit .....  | 248        |
| e. Berechnung nach europäischem Muster .....  | 249        |
| f. § 6 der Preisangabenverordnung vom 28. Juli 2000                                       |            |
| in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung .....                                      | 250        |
| g. Bewertung der unterschiedlichen Methoden .....   | 251        |
| h. Rechtsfolgen sittenwidriger (wucherischer oder<br>wucherähnlicher) Kreditverträge..... | 252        |
| <b>KAPITEL 7</b> <i>Stellvertretung und Drittbezug</i> .....                              | <b>255</b> |
| <b>I. Stellvertretung</b> .....   | <b>255</b> |
| 1. Voraussetzungen der Stellvertretung .....  | 256        |
| a. Zulässigkeit der Stellvertretung .....   | 256        |
| b. Abgabe einer eigenen Willenserklärung.....   | 256        |
| c. Handeln in fremdem Namen   |            |
| (Offenkundigkeitsgrundsatz).....  | 258        |
| i. § 164 Abs. 2 BGB.....  | 259        |
| ii. <i>Handeln unter fremdem Namen</i> .....  | 260        |
| d. Durchbrechungen des Offenkundigkeitsprinzips .....                                     | 261        |
| i. <i>Geschäft für den, den es angeht</i> .....   | 261        |
| ii. <i>Unternehmensbezogene Erklärungen</i> .....   | 262        |
| e. Vertretungsmacht.....  | 262        |
| i. <i>Gesetzliche Vertretungsmacht</i> .....  | 262        |
| ii. <i>Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht, Vollmacht</i> .....                          | 263        |
| (1). <i>Form der Vollmacht</i> .....  | 263        |
| (2). <i>Arten der Vollmacht</i> .....   | 264        |
| (3). <i>Innenverhältnis und Außenverhältnis</i> .....                                     | 265        |
| (4). <i>Untervollmacht</i> .....  | 266        |
| iii. <i>Erlöschen der Vollmacht</i> .....   | 267        |
| iv. <i>Anfechtung der Vollmacht</i> .....   | 268        |
| v. <i>Duldungs- und Anscheinsvollmacht</i> .....  | 269        |
| 2. Rechtsfolgen der Stellvertretung .....   | 271        |
| a. Wirksame Vertretungsmacht .....  | 271        |
| b. Eigenhaftung des Vertreters .....  | 271        |
| c. Die Wissenszurechnung.....   | 272        |

|   |            |
|---|------------|
| d. Fehlende Vertretungsmacht .....  | 273        |
| i. <i>Insichgeschäfte</i> .....   | 274        |
| ii. <i>Ganzheitliche Betrachtungsweise oder teleologische<br/>            Reduktion des § 181 BGB</i> .....   | 275        |
| e. Beschränkungen der Vertretungsmacht .....  | 277        |
| f. Rechtsfolgen .....   | 278        |
| i. <i>Rechtsverhältnis Vertretener – Dritter</i> .....  | 278        |
| ii. <i>Rechtsverhältnis falsus procurator – Dritter</i> .....   | 279        |
| g. Beweislast .....   | 280        |
| i. <i>§§ 164 ff. BGB</i> .....  | 280        |
| ii. <i>§ 179 BGB</i> .....  | 281        |
| 3. Blanketterklärungen .....  | 282        |
| a. Offene Blankettlage und berechtigte Ausfüllung .....   | 283        |
| b. Verdeckte Blankettlage und berechtigte Ausfüllung .....  | 283        |
| c. Offene Blankettlage und missbräuchliche Ausfüllung ..  | 284        |
| d. Verdeckte Blankettlage und missbräuchliche<br>Ausfüllung .....   | 284        |
| <b>II. Vertraglicher Drittbezug .....</b>   | <b>285</b> |
| 1. Drittbelastungen .....   | 286        |
| 2. Drittbegünstigungen .....  | 287        |
| a. Vertrag zugunsten Dritter, §§ 328 ff. BGB .....  | 288        |
| i. <i>Die Unterscheidung zwischen echtem und unechtem<br/>                Vertrag zugunsten Dritter</i> ..... | 289        |
| ii. <i>Der echte Vertrag zugunsten Dritter</i> .....  | 290        |
| b. Die einzelnen Rechtsbeziehungen beim echten<br>Vertrag zugunsten Dritter .....                             | 291        |
| i. <i>Das Deckungsverhältnis</i> .....  | 291        |
| ii. <i>Das Valutaverhältnis</i> .....   | 292        |
| iii. <i>Das Dritt- bzw. Vollzugsverhältnis</i> .....  | 293        |
| c. Leistungsstörungen beim echten Vertrag zugunsten<br>Dritter .....  | 293        |
| d. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter .....  | 294        |
| i. <i>Die Voraussetzungen des Drittschutzes</i> .....   | 295        |
| ii. <i>Rechtsfolge des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten<br/>                Dritter</i> .....             | 296        |
| e. Vertraglicher Haftungsausschluss für Dritte .....  | 297        |
| f. Verfügungen zugunsten Dritter .....  | 297        |

|  |     |
|--|-----|
| <i>i. Abtretung zugunsten Dritter? .....</i>                     | 297 |
| <i>ii. Sachenrechtliche Verfügungen zugunsten Dritter? .....</i> | 298 |

## **KAPITEL 8** *Vertragsdurchführung und Schuldbefreiung*.....299

|   |            |
|---|------------|
| <b>I. Erfüllung .....</b>                             | <b>299</b> |
| 1. Bewirken der geschuldeten Leistung.....            | 299        |
| 2. Quittieren der Leistung .....                      | 303        |
| 3. Einhalten der Leistungsmodalitäten .....           | 304        |
| a. Leistungszeit .....                                | 304        |
| b. Leistungsort .....                                 | 305        |
| 4. Beobachtung von Schutzpflichten .....              | 307        |
| 5. Leistungsmittler .....                             | 307        |
| <b>II. Die Erfüllung eines Kaufvertrags.....</b>      | <b>309</b> |
| 1. Erfüllung der Verkäuferpflichten.....              | 311        |
| a. Bewegliche Sachen .....                            | 313        |
| <i>i. Erwerb vom Berechtigten .....</i>               | <i>314</i> |
| <i>ii. Erwerb vom Nichtberechtigten.....</i>          | <i>317</i> |
| b. Unbewegliche Sachen.....                           | 318        |
| c. Forderungen.....                                   | 319        |
| 2. Erfüllung der Käuferpflicht: Kaufpreiszahlung..... | 319        |
| 3. Leistungsort und Leistungszeit .....               | 320        |
| 4. Zahlungsort und -zeit .....                        | 320        |
| <b>III. Erfüllungssurrogate .....</b>                 | <b>321</b> |
| 1. Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf .....          | 321        |
| 2. Aufrechnung .....                                  | 323        |
| a. Gegenseitigkeit .....                              | 324        |
| b. Gleichartigkeit .....                              | 325        |
| c. Durchsetzbarkeit der Gegenforderung.....           | 326        |
| d. Erfüllbarkeit der Hauptforderung .....             | 326        |
| e. Aufrechnungsverbote.....                           | 326        |
| 3. Leistung an Erfüllung statt .....                  | 328        |
| <b>IV. Gläubigerverzug.....</b>                       | <b>330</b> |
| 1. Begriffsbestimmung .....                           | 330        |

|   |            |
|---|------------|
| 2. Voraussetzungen des Gläubigerverzugs .....   | 330        |
| 3. Folgen des Gläubigerverzugs .....  | 332        |
| <b>V. Befreiende Unmöglichkeit .....</b>  | <b>333</b> |
| 1. Die gesetzliche Grundkonzeption .....  | 333        |
| 2. Die Regelung bei der Stückschuld .....   | 337        |
| 3. Die Regelung bei der Gattungsschuld.....   | 338        |
| 4. Konsequenzen der leistungsbefreienden Unmöglichkeit<br>für den gegenseitigen Vertrag ..... | 342        |
| 5. Übergang der Preisgefahr (Gegenleistungsgefahr) .....                                      | 343        |
| a. § 446 BGB: Gefahrübergang im Zeitpunkt der<br>Übergabe .....                               | 343        |
| b. § 447 BGB: Gefahrübergang beim Versendungskauf ...   | 344        |
| c. § 326 Abs. 2 S. 1 BGB: Gefahrübergang bei<br>Gläubigerverzug.....                          | 346        |
| <b>VI. Zweckfortfall und Wegfall der Geschäftsgrundlage.....</b>                              | <b>346</b> |
| 1. Entwicklung .....  | 346        |
| 2. Begriff der Geschäftsgrundlage .....   | 347        |
| a. Große und kleine Geschäftsgrundlage .....  | 348        |
| b. Objektive und subjektive Geschäftsgrundlage.....   | 348        |
| c. Anwendbarkeit .....  | 349        |
| 3. Rechtsfolgen.....  | 349        |
| 4. Abgrenzung zur Unmöglichkeit.....  | 350        |
| a. Zweckfortfall.....   | 350        |
| b. Zweckerreichung.....   | 350        |
| c. Zweckstörung .....   | 351        |
| <b>VII. Rechtsgeschäftliche Vertragsbeendigung.....</b>                                       | <b>351</b> |
| 1. Die einverständliche Vertragsbeendigung.....   | 352        |
| a. Der Erlass und das negative Anerkenntnis (§ 397 BGB)                                       | 352        |
| b. Der Aufhebungsvertrag.....   | 353        |
| 2. Der Rücktritt (§§ 346 ff. BGB) .....   | 354        |
| a. Rücktrittsgründe .....   | 354        |
| b. Rücktrittsfolgen.....  | 355        |
| i. Rückgewähr in Natur .....  | 356        |
| ii. Wertersatz .....  | 356        |
| c. Schadensersatz .....   | 358        |

|  |            |
|--|------------|
| 3. Der Widerruf und die Rückgabe bei<br>Verbraucherverträgen.....        | 359        |
| 4. Die Kündigung.....  | 360        |
| <b>KAPITEL 9</b> <i>Vertragshaftung</i> .....                            | <b>363</b> |
| <b>I. Schuld und Haftung</b> .....                                       | <b>363</b> |
| <b>II. Schaden, Interesse und Schadensersatz</b> .....                   | <b>365</b> |
| 1. Das Grundmodell - die Differenzhypothese .....                        | 365        |
| 2. Die Interesseformen .....   | 368        |
| <b>III. Die Unmöglichkeit der Leistung</b> .....                         | <b>370</b> |
| 1. Vertretenmüssen.....  | 370        |
| 2. Schadensersatz.....   | 372        |
| 3. Stellvertretendes commodum .....                                      | 374        |
| 4. Aufwendungsersatz.....  | 374        |
| 5. Teilunmöglichkeit .....   | 375        |
| <b>IV. Der Schuldnerverzug</b> .....                                     | <b>376</b> |
| 1. Nichtleistung trotz Möglichkeit.....                                  | 377        |
| 2. Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der Forderung.....                    | 378        |
| 3. Mahnung .....   | 380        |
| a. Nicht auf eine Entgeltzahlung gerichtete Forderungen ..               | 380        |
| b. Entbehrlichkeit der Mahnung .....                                     | 383        |
| i. <i>Kalendermäßige Bestimmung der Leistungszeit</i> .....              | 383        |
| ii. <i>Endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung</i> .....        | 384        |
| iii. <i>Selbstmahnung</i> .....  | 384        |
| iv. <i>Besondere Erfüllungsdringlichkeit</i> .....                       | 384        |
| v. <i>Fur semper in mora</i> .....                                       | 385        |
| c. Entgeltforderungen .....  | 385        |
| 4. Verschulden.....  | 386        |
| 5. Verzug im Synallagma.....   | 388        |
| 6. Verzugsfolgen .....   | 391        |
| a. Ersatz des Verzögerungsschadens gemäß<br>§ 280 Abs. 1 und 2 BGB ..... | 391        |
| b. Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen.....                           | 393        |
| c. Haftungsverschärfung nach § 287 BGB .....                             | 394        |

|  |            |
|--|------------|
| d. Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung<br>aus § 281 Abs. 1 BGB .....  | 396        |
| e. Fallbeispiel für das Zusammenspiel von Unmöglichkeit,<br>Gläubigerverzug und Schuldnerverzug .....  | 397        |
| <b>V. Haftung und Gewährleistung beim Kauf .....</b>   | <b>415</b> |
| 1. Sachmängelhaftung im Kaufrecht (§§ 434, 437 ff. BGB) .  | 416        |
| a. Der Beschaffenheitsmangel .....   | 417        |
| i. <i>Sachmangel kraft Abweichung von der</i><br><i>Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB) .....</i>  | 418        |
| (1). <i>Beschaffenheitsvereinbarung und Umweltbeziehungen</i>  | 420        |
| (2). <i>Verdacht eines Beschaffenheitsmangels .....</i>  | 422        |
| ii. <i>Sachmangel kraft Nichteignung zur vertraglich</i><br><i>vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB)</i>  | 425        |
| iii. <i>Sachmangel kraft Nichteignung zur gewöhnlichen Verwendung</i><br><i>oder Abweichung von der üblichen Beschaffenheit</i><br><i>(§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, S. 3 BGB).....</i> | 426        |
| b. Der Montage- und Montageanleitungsmangel<br>(§ 434 Abs. 2 BGB) .....  | 429        |
| c. Die Aliud- und Mankolieferung (§ 434 Abs. 3 BGB) ...  | 430        |
| 2. Rechtsmängelgewährleistung im Kaufrecht<br>(§§ 435, 437 ff. BGB) .....  | 434        |
| 3. Der Anspruch auf Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB)  | 436        |
| 4. Rücktrittsrecht gemäß §§ 437 Nr. 2, 440, 323 bzw.<br>326 Abs. 5 BGB .....   | 440        |
| 5. Minderung .....   | 445        |
| 6. Schadensersatz- bzw. Aufwendungsersatzansprüche<br>des Käufers wegen Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes<br>(§§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 283, 284, 311a BGB) .....           | 447        |
| 7. Beweislastverteilung .....  | 450        |
| 8. Verjährung der kaufrechtlichen Sekundäransprüche.....   | 452        |
| 9. Mangelbeseitigung durch den Käufer .....  | 453        |
| <b>VI. Positive Vertragsverletzung (pVV).....</b>  | <b>453</b> |
| 1. Entwicklung und Rechtsgrundlage .....   | 453        |
| 2. Voraussetzungen der pVV.....  | 454        |
| a. Schuldverhältnis zwischen den Parteien .....  | 454        |
| b. Pflichtverletzung durch ein Handeln oder Unterlassen .  | 455        |

|   |            |
|---|------------|
| 3. Typen der pVV .....  | 455        |
| a. Schlechtleistung .....   | 455        |
| b. Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten.....   | 456        |
| i. Verletzung der Leistungstreuepflicht.....  | 456        |
| ii. Verletzung der Schutzpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) .....   | 457        |
| iii. Verletzung von Mitwirkungspflichten.....   | 457        |
| iv. Verletzung von Aufklärungs- und Auskunftspflichten .....  | 457        |
| 4. Mangelschäden und Mangelfolgeschäden .....   | 458        |
| a. Gründe für die Schadensabgrenzungen im alten Recht..   | 458        |
| b. Die (teilweise) Überwindung der Gründe im<br>neuen Recht .....   | 459        |
| i. Das allgemeine Verjährungsregime .....   | 459        |
| ii. Das Verjährungsregime des Gewährleistungsrechts .....   | 460        |
| c. Lösung für das neue Recht.....   | 460        |
| i. Lösungsmodelle .....   | 460        |
| ii. Vorteile des vorgeschlagenen Modells .....  | 461        |
| iii. Einteilung von Schäden nach den geschützten Interessen   | 462        |
| iv. Änderungen gegenüber dem früheren Recht.....  | 463        |
| d. Ergebnis .....   | 463        |
| 5. Schaden und Kausalität.....  | 464        |
| 6. Verschulden hinsichtlich der Pflichtverletzung .....   | 464        |
| 7. Rechtsfolgen der pVV .....   | 464        |
| 8. Beweislastverteilung .....   | 465        |
| <b>VII. Culpa in contrahendo (c.i.c.).....</b>  | <b>465</b> |
| 1. Entwicklung und Rechtsgrundlage .....  | 465        |
| 2. Voraussetzungen der c.i.c.....   | 466        |
| a. Bestehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses ....   | 466        |
| i. Vorvertragliches Schuldverhältnis kraft Aufnahme von<br>Vertragsverhandlungen (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB) ..... | 466        |
| ii. Vorvertragliches Schuldverhältnis kraft Anbahnung<br>eines Vertrages (§ 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB) .....         | 467        |
| iii. Vorvertragliches Schuldverhältnis kraft eines ähnlichen<br>geschäftlichen Kontaktes.....                   | 467        |
| b. Pflichtverletzung.....   | 468        |
| 3. Fallgruppen der c.i.c. ....  | 469        |
| a. Schutzpflichten gegenüber gefährdeten Rechtsgütern   |            |



|  |            |
|--|------------|
| § 241 Abs. 2 BGB) .....  | 469        |
| b. Abbruch von Vertragsverhandlungen .....   | 469        |
| c. Verhinderung wirksamer Verträge.....  | 470        |
| d. Verletzung von Aufklärungspflichten.....  | 470        |
| e. Sachwalterhaftung.....  | 472        |
| 4. Konkurrenzen.....   | 473        |
| a. Verhältnis der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2,<br>241 Abs. 2 BGB zu den §§ 434 ff BGB .....                                      | 473        |
| b. Verhältnis der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2,<br>241 Abs. 2 BGB zu den §§ 536, 536a BGB .....                                   | 474        |
| c. Verhältnis der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2,<br>241 Abs. 2 BGB zu den §§ 633 ff BGB .....                                      | 474        |
| d. Verhältnis der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2,<br>241 Abs. 2 BGB zum Anfechtungsrecht .....                                      | 475        |
| e. Verhältnis der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2,<br>241 Abs. 2 BGB zum Deliktsrecht .....  | 475        |
| 5. Schaden, Kausalität, Verschulden .....  | 475        |
| 6. Rechtsfolgen der c.i.c.....   | 475        |
| 7. Verteilung der Behauptungslast und der Beweislast .....   | 476        |
| 8. Verjährung .....  | 477        |
| <b>VIII. Vom Gläubiger und vom Schuldner zu vertretende</b>  |            |
| <b>Unmöglichkeit.....</b>  | <b>478</b> |
| 1. Eckpunkte eines nicht gesetzgebundenen<br>Regelungsmodells .....  | 478        |
| 2. Modelle gesetzgebundener Umsetzung der Eckpunkte<br>und Ergebnisse .....  | 480        |
| 3. Problementwicklung auf der Grundlage der gesetzlich<br>vorgegebenen Möglichkeiten im neuen Schuldrecht ohne<br>Vertragsaufspaltung..... | 483        |
| a. Vom Vertretenmüssen unabhängige Rechtsfolgen .....  | 483        |
| i. <i>Rechtsfolgen des Rücktritts</i> .....  | 483        |
| ii. <i>Rechtsfolgen der Abstandnahme</i> .....   | 485        |
| b. Vom Vertretenmüssen abhängige Rechtsfolgen.....   | 485        |
| 4. Variationen über die Ungleichwertigkeit von Leistung und<br>Gegenleistung .....   | 486        |

|  |                |
|--|----------------|
| a. Das gute Geschäft für den Käufer.....   | 487            |
| i. Rechtsfolgen des Rücktritts.....  | 487            |
| ii. Rechtsfolgen ohne Rücktritt.....   | 487            |
| b. Das schlechte Geschäft für den Käufer .....                                       | 488            |
| i. Rechtsfolgen des Rücktritts.....  | 488            |
| ii. Rechtsfolgen ohne Rücktritt.....   | 489            |
| 5. Die Abwicklung nach dem Modell der Vertragsspaltung...                            | 490            |
| a. Demonstration im Fall 1 (Gleichwertigkeit von<br>Leistung und Gegenleistung)..... | 490            |
| i. Vertrag 1 (vom Käufer zu vertretende Unmöglichkeit) .....                         | 491            |
| ii. Vertrag 2 (vom Verkäufer zu vertretende Unmöglichkeit) .                         | 491            |
| b. Demonstration im Fall 2 (vorteilhaftes Geschäft<br>für den Käufer) .....          | 493            |
| i. Vertrag 1 (vom Käufer zu vertretende Unmöglichkeit) .....                         | 493            |
| ii. Vertrag 2 (vom Verkäufer zu vertretende Unmöglichkeit) .                         | 494            |
| c. Demonstration im Fall 3 (vorteilhaftes Geschäft<br>für den Verkäufer) .....       | 496            |
| i. Vertrag 1 (vom Käufer zu vertretende Unmöglichkeit) .....                         | 496            |
| ii. Vertrag 2 (vom Verkäufer zu vertretende Unmöglichkeit) .                         | 496            |
| 6. Die Entscheidung für ein Modell.....  | 498            |
| <b>IX. Haftung für Dritte nach § 278 Satz 1 BGB .....</b>                            | <b>500</b>     |
| 1. Grundgedanken.....  | 500            |
| 2. Haftung für den Erfüllungsgehilfen.....   | 501            |
| a. Sonderverbindung.....   | 501            |
| b. Erfüllungsgehilfe .....   | 501            |
| c. Handeln „bei Erfüllung“ und „bei Gelegenheit<br>der Erfüllung“ .....              | 505            |
| d. Verschulden.....  | 506            |
| 3. Haftung für den gesetzlichen Vertreter .....                                      | 507            |
| 4. Abgrenzungen.....   | 508            |
| <br><b>KAPITEL 10 Kaufrecht(e) .....</b>   | <br><b>511</b> |
| <b>I. Allgemeines Kaufrecht des BGB.....</b>   | <b>512</b>     |
| <b>II. Kaufvertrag und deliktische Haftung.....</b>                                  | <b>513</b>     |

|   |            |
|---|------------|
| 1. Arglistiges Täuschen über die Mangelfreiheit einer Sache bzw. das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften (BGH NJW 1960, 237) ..... | 514        |
| 2. Verursachung von Schäden bei mangelhafter Lieferung ...  | 514        |
| <b>III. Besondere Formen des Kaufs .....</b>  | <b>516</b> |
| 1. Kauf auf Probe (§§ 454, 455 BGB) .....   | 516        |
| 2. Vorkauf und Wiederkauf .....   | 518        |
| a. Wiederkauf, §§ 456 bis 462 BGB .....   | 518        |
| b. Vorkauf, §§ 463 bis 473 BGB .....  | 519        |
| 3. Kauf unter Eigentumsvorbehalt .....  | 522        |
| 4. Der Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB) .....   | 524        |
| a. Anwendungsbereich (§ 474 Abs. 1 BGB) .....   | 524        |
| b. Verbraucherschützende Sonderregeln (§§ 474 Abs. 2 bis 477 BGB) .....   | 525        |
| i. Gefahrtragung (§ 474 Abs. 2 BGB) .....   | 525        |
| ii. Ausgestaltung der verbraucherschützenden Regeln als zwingendes Recht (§ 475 BGB) .....  | 525        |
| iii. Beweislastumkehr gemäß § 476 BGB .....   | 526        |
| iv. Sonderbestimmungen für Garantien (§ 477 BGB) .....  | 527        |
| c. Regress des Unternehmers beim Lieferanten (§§ 478, 479 BGB) .....  | 528        |
| i. Entbehrlichkeit der Fristsetzung gemäß § 478 Abs. 1 BGB .....  | 528        |
| ii. Anspruch auf Aufwendungsersatz gemäß § 478 Abs. 2 BGB .....   | 530        |
| iii. Beweislastumkehr gemäß § 478 Abs. 3 BGB .....  | 531        |
| iv. Unabdingbarkeit gewisser Schutznormen gemäß § 478 Abs. 4 BGB .....  | 531        |
| v. Sonderregeln für die Verjährung (§ 479 BGB) .....  | 532        |
| 5. Der Handelskauf .....  | 532        |
| a. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben .....  | 533        |
| i. Die dogmatischen Grundlagen .....  | 533        |
| ii. Der personelle Anwendungsbereich .....  | 534        |
| iii. Fallgruppen .....  | 535        |
| iv. Die weiteren Voraussetzungen .....  | 537        |
| v. Die negativen Voraussetzungen .....  | 537        |
| vi. Die Rechtsfolge .....   | 540        |
| vii. Die Behandlung von Willensmängeln .....  | 541        |
| b. Die Besonderheiten des § 366 HGB .....   | 542        |

|  |     |
|--|-----|
| i. Guter Glaube an das Eigentum .....  | 542 |
| ii. Guter Glaube an die Verfügungsbefugnis .....                                       | 543 |
| iii. Guter Glaube an die Vertretungsmacht .....  | 543 |
| c. Die Mängelhaftung beim Handelskauf .....  | 544 |
| i. Allgemeines.....  | 544 |
| ii. Die Voraussetzungen der Rügelast.....  | 546 |
| (1). Handelskauf.....  | 546 |
| (2). Beiderseitiges Handelsgeschäft.....   | 546 |
| (3). Ablieferung der Ware .....  | 546 |
| (4). Mangelhaftigkeit der Lieferung .....  | 548 |
| iii. Inhalt und Erfüllung der Rügelast.....  | 548 |
| iv. Die Rechtsfolgen des Rügeversäumnisses.....  | 550 |
| v. Die Rechtsfolgen rechtzeitiger Rüge .....   | 550 |
| 6. Verbraucherkredit (§§ 491 bis 507 BGB).....   | 550 |
| a. Verletzung des Transparenzgebots .....  | 552 |
| b. Fälle zu den Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter<br>Effektivzinsangaben .....  | 553 |
| c. Die gesetzliche Regelung im ersten Zugriff .....                                    | 554 |
| d. Fehlende Angabe des effektiven Jahreszinssatzes.....                                | 555 |
| i. Das vom Gesetzgeber Gesagte .....   | 556 |
| ii. Das vom Gesetzgeber für den Geldkredit Gewollte .....                              | 557 |
| iii. Das vom Gesetzgeber für den Sachkredit Gewollte .....                             | 558 |
| iv. Die Folgen des vom Gesetzgeber Gewollten.....                                      | 559 |
| (1). Der Sachkredit (Teilzahlungsgeschäft) .....                                       | 559 |
| (2). Der Geldkredit.....   | 560 |
| v. Die Angleichung der Regelung für den Geld- und<br>Sachkredit.....                   | 560 |
| e. Resümee für das Fehlen der Angabe zum effektiven<br>Jahreszinssatz .....            | 563 |
| f. Folgen der Angabe eines zu niedrigen effektiven<br>Jahreszinssatzes .....           | 564 |
| i. Das vom Gesetzgeber Gesagte .....   | 564 |
| ii. Das vom Gesetzgeber Gewollte.....  | 564 |
| iii. Die Unverbindlichkeit des Gesagten und die<br>Verbindlichkeit des Gewollten ..... | 567 |
| iv. Grenzen der Rechtsfortbildung .....  | 567 |
| 7. Das Leistungsstörungenrecht im UN-Kaufrecht (CISG).....                             | 569 |

|   |     |
|---|-----|
| a. Der Anspruch auf Erfüllung als Rechtsbehelf .....  | 569 |
| b. Der Anspruch auf Ersatzlieferung .....   | 572 |
| i. Anwendbarkeit des Art. 46 Abs. 2 CISG: .....   | 573 |
| ii. Keine Ausübung eines mit dem Erfüllungsanspruch<br>unvereinbaren Rechtsbehelfs .....  | 573 |
| c. Der Anspruch des Käufers auf Nachbesserung .....   | 574 |
| d. Das Vertragsaufhebungsrecht .....  | 575 |
| i. Die Voraussetzungen des Vertragsaufhebungsrechts<br>im Einzelnen .....   | 575 |
| (1). Vertragsaufhebung wegen wesentlicher<br>Vertragsverletzung .....   | 576 |
| (2). Vertragsaufhebung wegen Nichtlieferung .....   | 580 |
| ii. Das Rückabwicklungsschuldverhältnis .....   | 581 |
| e. Das Minderungsrecht .....  | 585 |
| f. Der Schadensersatzanspruch .....   | 588 |
| i. Der Verlust .....  | 590 |
| ii. Kombinationen .....   | 592 |
| g. Das Recht zur zweiten Andienung .....  | 594 |
| 8. Zusammenfassender Vergleich des Leistungsstörungenrechts<br>des UN-Kaufrechts mit dem Leistungsstörungenrecht<br>des BGB-Kaufs ..... | 595 |

## **KAPITEL 11** *Bereicherungsrecht in Zweipersonenbeziehungen*..... 599

|   |            |
|---|------------|
| <b>I. Die Hauptfunktion des Bereicherungsrechts .....</b>   | <b>599</b> |
| <b>II. Die einzelnen Tatbestände im Überblick.....</b>  | <b>600</b> |
| 1. Die Unterscheidung zwischen Leistungs- und<br>Nichtleistungskondiktion .....   | 600        |
| 2. Die Leistungskondiktion .....  | 601        |
| a. <i>condictio indebiti</i> (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB) .....   | 601        |
| b. <i>condictio ob causam finitam</i><br>(§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB) .....   | 601        |
| c. <i>condictio ob rem</i> oder <i>condictio causa data causa<br/>            non secuta</i> (§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB) ..... | 602        |
| d. <i>condictio ob turpem vel iniustam causam</i><br>(§ 817 S. 1 BGB) .....   | 602        |

|  |            |
|--|------------|
| 3. Die Nichtleistungskondiktion                                    |            |
| (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB).....                                | 602        |
| a. Eingriffskondiktion.....  | 602        |
| b. Verwendungskondiktion.....                                      | 603        |
| c. Rückgriffskondiktion .....                                      | 603        |
| 4. Verhältnis der Leistungs- zur Nichtleistungskondiktion.....     | 603        |
| 5. Konditionssperren.....  | 603        |
| 6. Insbesondere: die <i>condictio indebiti</i> .....               | 604        |
| a. Das Erlangte.....   | 604        |
| b. Die Leistung .....  | 604        |
| c. Das Fehlen des Rechtsgrundes .....                              | 605        |
| <b>III. Der Bereicherungsumfang.....</b>                           | <b>606</b> |
| 1. Der Kondiktionsgegenstand.....                                  | 606        |
| 2. Die besondere Milde des Bereicherungsrechts                     |            |
| (§ 818 Abs. 3 BGB) bei der Abschöpfungskondiktion                  |            |
| und die verschärfte Haftung im Rahmen der                          |            |
| Fremdgeschäftsführungskondiktion .....                             | 607        |
| a. Die Milde der Bereicherungshaftung:                             |            |
| Die (vermögensorientierte) Abschöpfungskondiktion ...              | 608        |
| b. Die verschärfte Haftung: Die verhaltensbezogene                 |            |
| Fremdgeschäftsführungskondiktion .....                             | 608        |
| <b>IV. Der Bereicherungsausgleich bei gegenseitigen Verträgen:</b> |            |
| <b>Saldotheorie und Gegenleistungskondiktion.....</b>              | <b>609</b> |
| 1. Zweikondiktionentheorie und Saldotheorie.....                   | 610        |
| 2. Die Gegenleistungskondiktion.....                               | 611        |
| a. Die grundsätzliche Unanwendbarkeit des                          |            |
| § 818 Abs. 3 BGB bei Zurechenbarkeit der                           |            |
| Entreicherung .....  | 611        |
| b. Die Entlastung des Bereicherungsschuldners vom Risiko           |            |
| einer zufallsbedingten Entreicherung .....                         | 613        |
| c. Zurechnungsmängel und vorrangige gesetzliche                    |            |
| Schutzzwecke .....   | 613        |
| d. Restfunktion des § 818 Abs. 3 BGB als                           |            |
| vertrauensrechtliche Opfergrenze.....                              | 613        |

**KAPITEL 12** *Gläubiger- und Schuldnerwechsel.....* 615

|   |     |
|---|-----|
| 1. Überblick.....   | 615 |
| 2. Abtretung .....  | 616 |
| a. Voraussetzungen .....  | 616 |
| i. Abtretungsvertrag .....  | 617 |
| ii. Bestehen der Forderung.....   | 617 |
| iii. Bestimmtheit.....  | 618 |
| iv. Übertragbarkeit .....   | 619 |
| b. Rechtsfolgen der Abtretung .....   | 620 |
| c. Schuldnerschutz .....  | 623 |
| i. Leistung an den falschen Gläubiger .....                                     | 624 |
| ii. Aufrechnung .....   | 626 |
| 3. Besondere Formen der Abtretung .....   | 630 |
| a. Sicherungszession .....  | 630 |
| b. Inkassozession.....  | 631 |
| 4. Exkurs: Übertragung von Forderungen, die in Wertpapieren verbrieft sind..... | 632 |
| 5. Schuldübernahme.....   | 633 |
| a. Begriff und Abgrenzungen.....  | 633 |
| b. Vereinbarung der Schuldübernahme.....  | 634 |
| c. Wirkungen der befreienden Schuldübernahme .....                              | 635 |

**KAPITEL 13** *Gläubiger- und Schuldnermehrheiten..* 637

|  |            |
|--|------------|
| <b>I. Gläubigermehrheiten .....</b>                      | <b>638</b> |
| 1. Teilgläubigerschaft.....                              | 638        |
| a. Begriff und Rechtsfolgen .....                        | 638        |
| b. Anwendungsbereich der Teilgläubigerschaft.....        | 640        |
| 2. Gesamtgläubigerschaft.....                            | 641        |
| a. Begriff und Außenverhältnis Gläubiger/Schuldner ..... | 641        |
| b. Innenverhältnis zwischen den Gesamtgläubigern.....    | 642        |
| c. Anwendungsbereich der Gesamtgläubigerschaft .....     | 642        |
| 3. Gläubigergemeinschaft .....                           | 643        |
| a. Begriff .....   | 643        |
| b. Anwendungsbereich der Gläubigergemeinschaft .....     | 643        |
| i. Gesamthandsgemeinschaften .....                       | 644        |

|  |            |
|--|------------|
| ii. Bruchteilsgemeinschaften.....                                      | 644        |
| iii. Unteilbarkeit der zu fordernden Leistung .....                    | 645        |
| <b>II. Schuldnermehrheiten .....</b>                                   | <b>646</b> |
| 1. Teilschuldnerschaft .....   | 646        |
| a. Begriff.....  | 646        |
| b. Anwendungsbereich der Teilschuldnerschaft.....                      | 647        |
| 2. Gesamtschuld.....   | 647        |
| a. Begriff und Außenverhältnis Schuldner/Gläubiger .....               | 647        |
| b. Das Innenverhältnis der Gesamtschuldner .....                       | 650        |
| i. Pflichten im Vorfeld der Befriedigung des Gläubigers .....          | 650        |
| ii. Ausgleichspflicht nach § 426 Abs. 1 BGB .....                      | 651        |
| iii. Legalzession des § 426 Abs. 2 BGB .....                           | 652        |
| iv. Verhältnis § 426 Abs. 1 und 2 BGB. ....                            | 652        |
| v. Der Verteilungsmaßstab.....   | 653        |
| c. Störungen des Gesamtschuldnerausgleichs .....                       | 653        |
| d. Anwendungsbereich der Gesamtschuld.....                             | 656        |
| 3. Gemeinschaftliche Schulden .....                                    | 658        |
| <br>   |            |
| <b>KAPITEL 14 Außervertragliches Haftungsrecht .....</b>               | <b>659</b> |
| <b>I. Haftungsrecht: Einführung .....</b>                              | <b>659</b> |
| 1. Ausgleichsperspektiven .....  | 660        |
| 2. Außervertragliches Haftungsrecht (Deliktsrecht i.w.S.).....         | 660        |
| 3. Interessenschutz (Vertragshaftung - außervertragliche Haftung)..... | 661        |
| <b>II. Funktionen des Haftungsrechts.....</b>                          | <b>663</b> |
| 1. Unfallschäden .....   | 663        |
| a. Personenschäden .....   | 666        |
| i. Gesetzliche Unfallversicherung.....                                 | 666        |
| ii. Gesetzliche Kranken-, Unfall-, Rentenversicherung .....            | 666        |
| iii. Private Kranken-, Unfall-, Rentenversicherung.....                | 667        |
| iv. Andere Vorsorgeträger .....  | 667        |
| b. Sachschäden.....  | 668        |
| 2. Persönlichkeitsschutz und Unternehmensschutz .....                  | 668        |
| <b>III. Regresskonstruktionen .....</b>                                | <b>669</b> |
| <b>IV. Unrechtshaftung (Deliktsrecht im engeren Sinne).....</b>        | <b>673</b> |



|   |     |
|---|-----|
| 1. Grundtatbestände der deliktischen Haftung .....                                  | 674 |
| 2. Handlungsunrecht und Erfolgsunrecht.....   | 676 |
| a. Der traditionelle Prüfungsaufbau .....   | 677 |
| b. Der moderne Prüfungsaufbau .....   | 679 |
| c. Vermittelnder Lösungsansatz.....   | 681 |
| d. Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen<br>Verhaltens (Straßenbahnfall) ..... | 682 |
| 3. Die Pflichtverletzung .....  | 696 |
| 4. Elemente der Pflichtbegründung.....  | 697 |
| a. Garantenstellung .....   | 697 |
| b. Obhutspflichten.....   | 698 |
| c. Sicherungspflichten, insbesondere die<br>Verkehrssicherungspflichten .....       | 699 |
| d. Garantenpflicht kraft Übernahme vom Erstgaranten .....                           | 701 |
| e. Die Außenhaftung des Arbeitnehmers .....   | 704 |
| f. Vermeidbarkeit und Vorhersehbarkeit .....  | 712 |
| g. Zumutbarkeit.....  | 715 |
| 5. Kausalität der Pflichtwidrigkeit und rechtmäßiges<br>Alternativverhalten .....   | 721 |
| 6. Begrenzungen der Ersatzpflicht .....   | 726 |
| a. Adäquate Kausalität .....  | 726 |
| b. Rechtswidrigkeitszusammenhang und<br>Schutzbereichslehre .....                   | 733 |
| i. <i>Grünstreifen-Fall</i> .....   | 734 |
| ii. <i>Schockschadenfälle</i> .....   | 739 |
| iii. <i>Verfolgerverletzungen</i> .....   | 750 |
| c. Hypothetische Kausalität .....   | 761 |
| 7. Deliktischer Sach- und Vermögensschutz.....                                      | 766 |
| a. Rechtsgüterschutz in § 823 Abs. 1 BGB.....                                       | 766 |
| i. <i>Eigentum</i> .....  | 766 |
| ii. <i>Sonstiges Recht</i> .....  | 786 |
| 8. Schädigungen im gewerblichen Verkehr.....  | 787 |
| a. Die BGB-Regelung .....   | 787 |
| i. <i>Rechtsanwendung bei Rahmenrechten</i> .....                                   | 788 |
| ii. <i>Das Rahmenrecht als subsidiäres Recht</i> .....                              | 789 |
| iii. <i>Schutzgesetzverletzung</i> .....  | 789 |

|   |            |
|---|------------|
| iv. Kreditgefährdung durch unrichtige<br>Tatsachenbehauptungen.....       | 798        |
| v. Vorsätzlich sittenwidrige Schädigungen .....                           | 804        |
| b. Schädigungen im gewerblichen Verkehr - Fallgruppen .                   | 804        |
| i. Verletzung von Schutzrechten.....                                      | 804        |
| (1). „Quick“ und „Glück“ im Medienkampf: .....                            | 809        |
| (2). Salomonisches zu Sportartikeln und Tabakwaren: .....                 | 809        |
| ii. Schutzrechtsverwarnungen.....   | 810        |
| iii. Unberechtigte Verfahrenseinleitungen.....                            | 825        |
| iv. Schäden durch fehlerhafte Informationen und Auskünfte ..              | 829        |
| v. Ausnutzung fremden Vertragsbruchs .....                                | 838        |
| vi. Insolvenzverschleppung und Gläubigergefährdung .....                  | 840        |
| vii. Streik .....   | 841        |
| viii. Abschneiden von Verkehrswegen und<br>Versorgungseinrichtungen ..... | 843        |
| ix. Zugangssperren.....   | 843        |
| x. Boykott .....  | 844        |
| xi. Kritik gewerblicher Leistungen.....                                   | 850        |
| xii. Satirisch scherzhafte Anspielungen .....                             | 863        |
| 9. Der deliktsrechtliche Schutz der Person .....                          | 869        |
| a. Der Rechtsgüterschutz in § 823 Abs. 1 BGB .....                        | 869        |
| b. Der Schutz sonstiger Rechte in § 823 Abs. 1 BGB .....                  | 882        |
| c. Personenschutz durch Schutzgesetze .....                               | 898        |
| d. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht .....                              | 899        |
| i. Das Recht auf Privatheit und Anonymität .....                          | 902        |
| ii. Personen der Öffentlichkeit .....                                     | 904        |
| e. Rechtsfolgen der Verletzung des APR .....                              | 906        |
| i. Schadensersatz und Schmerzensgeld.....                                 | 906        |
| ii. Die Verpflichtung zum Widerruf.....                                   | 916        |
| f. Anfang und Ende des deliktischen Schutzes einer Person                 | 917        |
| <b>V. Produkthaftung und Produzentenhaftung .....</b>                     | <b>919</b> |
| 1. Vertragrechtliche Begründungsmöglichkeiten.....                        | 920        |
| 2. Deliktsrechtliche Begründungen der Produzentenhaftung .                | 921        |
| a. § 831 BGB .....  | 921        |
| b. § 823 Abs. 1 BGB.....  | 922        |
| i. Konstruktionsfehler.....   | 931        |
| ii. Instruktions- und Warnpflicht.....                                    | 937        |

|  |                 |
|--|-----------------|
| iii. Produktbeobachtungspflicht .....  | 946             |
| iv. Haftung für wirkungslose Produkte.....   | 957             |
| c. Beweislast in der Produzentenhaftung .....  | 968             |
| 3. Gefährdungshaftung für fehlerhafte Produkte .....   | 981             |
| <b>VI. Sog. „Weiterfressende“ Mängel.....</b>  | <b>982</b>      |
| <b>VII. Gefährdungshaftung .....</b>   | <b>997</b>      |
| <b>VIII. Beiträge mehrerer zum Schadensereignis .....</b>  | <b>1018</b>     |
| 1. Der Eigenbeitrag des Geschädigten .....   | 1018            |
| 2. Beiträge des Geschädigten und von Nebentätern.....  | 1021            |
| 3. Mehrere Schadensbeiträge ohne Mitwirkung des<br>Geschädigten.....   | 1030            |
| <br><b>KAPITEL 15 <i>Schadensrecht</i> .....</b>   | <br><b>1035</b> |
| <b>I. Einführung: Die gesetzliche Grundkonzeption des<br/>        Schadensausgleichs .....</b>                     | <br><b>1035</b> |
| 1. Die Differenzhypothese .....  | 1036            |
| 2. Durchbrechungen der Differenzhypothese und<br>Normativierung des Schadensbegriffs in der<br>Rechtsprechung..... | 1036            |
| a. Aufgabe der Kausalität als Zurechnungsfaktor.....   | 1036            |
| b. Schadensersatz bei Immaterialgüterrechtsverletzungen  | 1037            |
| c. Rechtsverfolgung und Normativierung.....  | 1038            |
| d. Nutzungsentgang.....  | 1038            |
| e. Urlaub.....   | 1040            |
| f. Arbeitskraft.....   | 1041            |
| 3. Notwendigkeit und Grundlagen einer<br>Schadensrechtsdogmatik.....   | 1042            |
| a. Normativer oder natürlicher Schadensbegriff? .....  | 1042            |
| b. Die Ausgleichsfunktion des Schadensrechts .....   | 1043            |
| c. Die Rechtsverfolgungsfunktion .....   | 1043            |
| d. Der Wandel des Schadenstragungssystems und der<br>Wirkungsbereich des zivilistischen Schadensrechts.....        | 1044            |
| e. Regresskonstruktionen und Ausgleichsfunktion.....   | 1045            |
| f. Prävention und Verbraucherschutz.....   | 1046            |
| g. Die Prävalenz der Ausgleichsfunktion.....   | 1047            |

|   |             |
|---|-------------|
| h. Grenzen der Restitution und Bedarfschaden.....   | 1047        |
| <b>II. Probleme der Differenzhypothese .....</b>  | <b>1048</b> |
| 1. Entwicklung und Festlegung des Vermögensbegriffs.....  | 1048        |
| a. Geld und geldwerte Güter.....  | 1049        |
| b. Keine Beschränkung auf den geldlich-gegenständlichen<br>Bereich.....   | 1049        |
| <i>i. Arbeitskraft</i> .....  | 1051        |
| <i>ii. Haushaltsführung</i> .....   | 1052        |
| <i>iii. Nutzungsentgang</i> .....   | 1052        |
| 2. Kommerzialisierung und Frustration .....   | 1053        |
| a. Aufgabe des Kausalitätserfordernisses? .....   | 1054        |
| b. Differenzierung nach objektbezogenen und anderen<br>Eingriffen? .....  | 1055        |
| <i>i. Nutzungsentgang</i> .....   | 1056        |
| <i>ii. Urlaub</i> .....   | 1056        |
| <i>iii. Immaterialgüterrechtsverletzung</i> .....   | 1058        |
| <i>iv. GEMA-Rechtsprechung und Vorsorgekosten</i> .....   | 1059        |
| 3. Abstrakte Schadensberechnung .....   | 1061        |
| a. Anwendungsbereich.....   | 1061        |
| b. Begriffliche Festlegung .....  | 1061        |
| c. Gesetzliche Fälle und vertragliche Vereinbarungen .....  | 1062        |
| d. Der Ansatz von (Knobbe-)Keuk .....   | 1063        |
| 4. Grenzen der Ersatzpflicht .....  | 1064        |
| a. Die Untauglichkeit der Adäquanzformel .....  | 1065        |
| <i>i. Haftung für inadäquate Schäden</i> .....  | 1066        |
| <i>ii. Nichthaftung für adäquat verursachte Schäden</i> .....   | 1067        |
| b. Die Schutzbereichslehre .....  | 1067        |
| <i>i. Schutzbereich und Folgeschäden</i> .....  | 1068        |
| <i>ii. Allgemeines Lebensrisiko und spezifisches<br/>                Schadensrisiko - Fallgruppen</i> .....                       | 1069        |
| <i>iii. Schadensersatzverpflichtung ohne Rechtsgutsverletzung<br/>                (Erfüllungs- und Vertrauensinteresse)</i> ..... | 1072        |
| c. Das Fehlen der Kausalverknüpfung.....  | 1073        |
| 5. Alternative (hypothetische) Kausalverläufe .....   | 1074        |
| a. Die Unausweichlichkeit hypothetischer Erwägungen ....  | 1074        |
| b. Die Rechtsprechung zur hypothetischen Kausalität .....   | 1074        |

|   |             |
|---|-------------|
| c. Der gegliederte Schadensbegriff .....                                  | 1075        |
| d. Echte hypothetische Kausalität und doppelte<br>(reale) Kausalität..... | 1076        |
| 6. Vorteilsausgleich .....  | 1077        |
| a. Die Kriterien der Rechtsprechung.....                                  | 1078        |
| b. Vorteilsausgleich und Regresskonstruktionen.....                       | 1078        |
| c. Unselbständige und selbständige Vorteil .....                          | 1079        |
| i. <i>Freiwillige Leistungen Dritter</i> .....                            | 1080        |
| ii. <i>Erfüllungsleistungen Dritter</i> .....                             | 1080        |
| 7. Zeitpunkt der Schadensberechnung .....                                 | 1081        |
| a. Bilanzinterne Bewertung einzelner Positionen .....                     | 1082        |
| b. Bilanzabschluss.....   | 1083        |
| 8. Beweisfragen.....  | 1083        |
| <b>III. Anspruchsberechtigung und Drittschaden .....</b>                  | <b>1084</b> |
| 1. (Unselbständige) Drittbegünstigung durch<br>Regressanordnung.....      | 1086        |
| 2. Selbständige Drittbegünstigung .....                                   | 1087        |
| 3. Gesellschafteranspruch und Gesellschaftsschaden .....                  | 1089        |
| <b>IV. Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs.....</b>                    | <b>1090</b> |
| 1. Der Herstellungsanspruch .....   | 1090        |
| a. Bereich materieller Güter .....  | 1090        |
| b. Bereich immaterieller Güter .....                                      | 1092        |
| c. Erstattung der Herstellungskosten.....                                 | 1094        |
| 2. Der Kompensationsanspruch .....  | 1095        |



# *Einführung und Grundlegung*

---

Wir wollen die ersten Stunden nutzen, uns mit grundlegenden Fragen von den Aufgaben des Rechts und der Juristen zu befassen, und einige das Gebiet des bürgerlichen Vermögensrechts übergreifende Fragestellungen behandeln. Wir sprechen „juristische Rätsel“ an, führen in die Methode der Rechtsanwendung und Falllösung ein und geben Überblicke über rechtswissenschaftliche Disziplinen und Fächer sowie den Inhalt des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

---

## *I. Von den absonderlichen Weltbetrachtungen der Juristen*

Sie haben sich entschlossen, Jura zu studieren, und damit auf den Weg zu einer besonderen Spezies Mensch begeben. Ein Ausdruck dieser Besonderheit ist, dass Juristen (weiblichen wie männlichen Geschlechts) zu absonderlichen Weltbetrachtungen zu neigen scheinen und eine große Freude daran haben, juristische Rätsel aufzugeben und zu lösen. Drei in der Vorlesung erörterte Beispiele möchte ich hier noch einmal aufgreifen: den Lippenstift, § 164 Abs. 2 BGB und den Erwerb einer Schachtel Zigaretten.

## 1. Der Lippenstift

Der Lippenstift ist dem Laien ein Mittel zum Schutz empfindlicher Hautpartien gegen Witterungseinflüsse. Auch die Funktion zum Verdecken körperlicher Unvollkommenheiten oder zum Hervorheben besonderer Reize kommt einem noch in den Sinn. Wer aber hätte gedacht, was das höchste deutsche Strafgericht, der Bundesgerichtshof in Karlsruhe, vor gar nicht langer Zeit zum Lippenstift zu verkünden wusste:

Der Lippenstift ist kein taugliches Tatmittel zum schweren Raub (BGH NJW 1996, 2663).

Verständlich wird diese Bemerkung nur vor dem Hintergrund der Unterscheidung des einfachen und des schweren Raubes im Strafgesetzbuch.

§ 249 Abs. 1 StGB bestimmt zum einfachen Raub:

Wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.

§ 250 Abs. 1 StGB legt zum schweren Raub fest:

(1) Auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren ist zu erkennen, wenn

1. der Täter oder ein anderer Beteiligter am Raub

a. eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt,

b. sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden,

c. ...

2. ...

Die Antwort auf die Frage, ob ein Lippenstift ein taugliches Mittel zum schweren Raub ist, legt fest, ob jemand, der einem anderen einen Lippenstift in den Rücken drückt und mit dem Erschießen droht, für mindestens ein oder für mindestens drei Jahre hinter Gitter kommt. Darüber nachzudenken, lohnt sich schon.



## 2. Juristisches Rätsel § 164 Abs. 2 BGB

Ein Satz, der sich dem Laienverständnis nicht nur auf den ersten Blick verschließt, ist dieser:

„Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht“ (§ 164 Abs. 2 BGB)

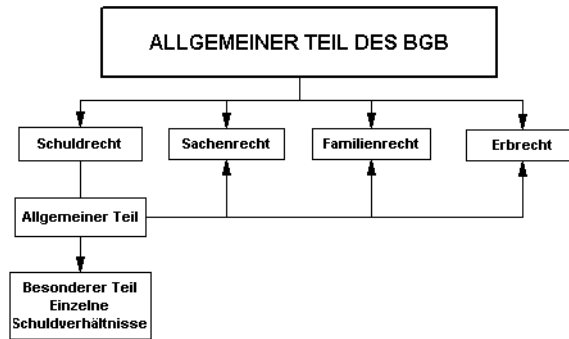
Verständnis für die unverständliche Rechtsregel können wir dadurch gewinnen, dass wir uns den Kontext der Regel verdeutlichen. Das ist **eine erste wichtige Grundregel des juristischen Denkens**.

Es geht um eine Regel im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB). Und eine weitere - fast banale - **Regel für das Erfassen des Regelungsbereichs eines Gesetzes** ist die, dass man einem Blick in das Inhaltsverzeichnis werfen sollte.

### *a. Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)*

Das Bürgerliche Gesetzbuch als das Grundgesetz des Privatrechts ist reichlich kompliziert gebaut und zudem in einer Sprache verfasst, die zwar den Juristen durch begriffliche Klarheit besticht, die aber den Bürger kaum zu einer Feierabendlektüre über sein Recht einlädt. Es hat fünf Bücher: den Allgemeinen Teil, das Schuldrecht, das Sachenrecht, das Familienrecht und das Erbrecht.

In seinem Aufbau sucht das Gesetz soweit wie möglich den Weg zum Allgemeinen und Grundsätzlichen. So stellt es den Einzelregelungen des Wirtschafts-, Vermögens-, Familien- und Erbrechts im 2. bis 5. Buch einen Allgemeinen Teil voraus.



Der Allgemeine Teil soll bestimmte Regeln vor die Klammer ziehen, die häufiger auftretende Sachprobleme betreffen, z.B. die Rechtsfolgen eines Irrtums bei der Abgabe einer bindenden Erklärung (§§ 119 ff. BGB) oder die Voraussetzungen der Stellvertretung bei der Vornahme einer rechtlich bedeutsamen Handlung (§§ 164 ff. BGB). Zu diesen allgemeinen Regeln gehören Vorschriften über die im Bürgerlichen Recht handelnden Personen, die in natürliche Personen und juristische Personen aufgeteilt werden. Hinzu kommen einige allgemeine Rechtssätze über Sachen, d.h. die körperlichen Gegenstände, an welchen Rechte begründet werden können. Vor allem enthält der Allgemeine Teil Regeln über die Rechtsgeschäfte, d.h. auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtete Erklärungen zur Ordnung der privaten Rechtsverhältnisse. Der häufigste Anwendungsfall solcher Rechtsgeschäfte ist der Vertrag, welcher das bei weitem wichtigste Mittel darstellt, um die eigenen Angelegenheiten zu ordnen. Vorschriften über die Eigenart bestimmter Verträge bilden einen wesentlichen Teil der übrigen Bücher des Bürgerlichen Gesetzbuchs, sei es im Schuldrecht (z. B. Kauf oder Miete), im Sachenrecht (z. B. Übereignung von Grundstücken durch Auflassung und Eintragung ins Grundbuch), im Familienrecht (z. B. Eheverträge zur Vereinbarung eines bestimmten Güterstandes oder Unterhaltsverträge zur Regelung der Unterhaltspflicht nach einer Ehescheidung) oder im Erbrecht (z. B. Erbvertrag oder Erbverzichtsvertrag).

Das Streben nach allgemeinen Regeln, die dann fallweise modifiziert werden müssen, liegt dem Aufbau des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch sonst zugrunde. So wird das dem Schuldrecht gewidmete zweite Buch wiederum durch einen recht umfangreichen Allgemeinen Teil (§§ 241 bis 432 BGB) eingeleitet. Erst im letzten Abschnitt stellt das Gesetz besondere Vorschriften für die jeweiligen

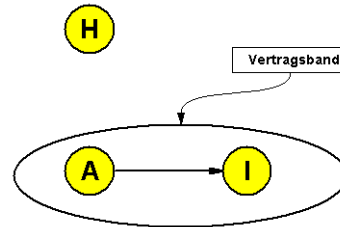
Lebenssachverhalte auf, für welche der Laie eine Orientierung erwartet, wie etwa das Mietverhältnis oder das Arbeitsverhältnis. Diese konkreten Bestimmungen sind dann jeweils um die passenden Regeln aus dem Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs und aus dem Allgemeinen Teil des Schuldrechts zu ergänzen. Die Notwendigkeit, Normengruppen aus verschiedenen Abschnitten des Gesetzes zur Lösung eines Einzelfalles miteinander zu kombinieren, stellt eines der Hauptprobleme bei der Einarbeitung in das Zivilrecht dar. Wir werden das später an einem kleinen Beispielsfall demonstrieren.

Machen wir das Gesagte für die Auflösung unseres Rätsels fruchtbar, so mag ein Blick in Abs. 1 des § 164 BGB den Schleier schon ein wenig lüften:

„Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll.“

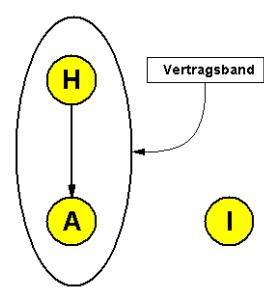
Beachtet man nun noch, dass die Regel im Abschnitt über die Rechtsgeschäfte steht, wird deutlich, dass wir es mit rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen zu tun haben, bei denen eine Zurechnung der Rechtsfolgen (Rechte und Pflichten) an einen anderen als den Handelnden (H) erfolgt. Wirtschaftlich gesehen geht es um eine Art der arbeitsteiligen Wahrnehmung von Interessenbefriedigungen. Der eigentliche Interessent (I) an einer Leistung tritt bei demjenigen, der zur Leistung in der Lage ist (A), nicht persönlich auf. Rechtstechnisch kann die Arbeitsteilung in Form einer Kommission (der mittelbaren oder verdeckten Stellvertretung) oder aber in Form der offenen Stellvertretung durchgeführt werden. Bei offener Stellvertretung wird der Interessent Vertragspartner dessen, der über die Leistungsmöglichkeiten verfügt.

b. Offene Stellvertretung



Bei verdeckter Stellvertretung wird der Handelnde Vertragspartner dessen, der über die Leistungsmöglichkeiten verfügt.

c. Verdeckte Stellvertretung (Kommission)



Die Grundregel lautet, dass aus rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Handelnde verpflichtet wird, es sei denn, er handele offen im Namen eines anderen und habe Vertretungsmacht für den anderen zu handeln. Ist diese Grundregel der Inhalt des § 164 Abs. 2 BGB? Viele meinen das. Aber dann hätte der Gesetzgeber etwas angeordnet, was auch ohne diese Anordnung gälte, und das noch in einer unverständlichen Sprache. Eine genauere Analyse zeigt indessen, dass der Regelungsgehalt des § 164 Abs. 2 BGB woanders liegt und § 164 Abs. 2 BGB durchaus nicht überflüssig ist.

Um das zu verstehen, muss man einen Bogen zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre und zu den Folgen von Willensmängeln bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen schlagen. Irrtumsbehaftete Willenserklärungen (der Erklärende erklärt objektiv etwas, was er subjektiv gar nicht erklären wollte) führen nicht zur Unwirksamkeit der Erklärung, sondern nach § 119 Abs. 1 BGB zur Anfechtbarkeit. Erst die Anfechtung macht die Erklärung unwirksam (§ 142

BGB). Mit der Anfechtung muss der Anfechtende seinem Vertragspartner den Schaden ersetzen, den dieser im Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung erlitten hat (§ 122 BGB). Nun könnte auch der Vertreter, der seine Vertreterstellung nicht hinreichend deutlich gemacht hat und deshalb selber Vertragspartner geworden ist (Eigengeschäft des Handelnden), sich nach allgemeinem Irrtumsrecht darauf berufen, dass er das nicht gewollt habe, und seine Erklärung anfechten. Genau das aber verhindert § 164 Abs. 2 BGB. Dessen Funktion ist es, die Bindung des Vertreters an das von ihm geschlossene Geschäft nicht erst zu begründen, sondern anfechtungsfest zu machen. Eine zunächst unverständliche Norm bietet so kein Geheimnis mehr.

### **3. Die Aufspaltung des Zigarettenenerwerbs in (mindestens) drei Verträge**

Die Aufspaltung des Zigarettenenerwerbs in (mindestens) drei Verträge findet eine ähnlich einleuchtende Erklärung. In dem einen Vertrag gibt man Versprechen ab, die zu Verpflichtungen (Obligationen) der Versprechenden führen, des Verkäufers, dem Käufer das Eigentum an der gekauften Sache zu verschaffen und die Sache zu übergeben (§ 433 Abs. 1 BGB), des Käufers, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen (§ 433 Abs. 2 BGB). Mit den in diesem einen Vertrag enthaltenen Verpflichtungen hat sich aber in der Eigentumswelt noch nichts verändert. Wann hier Veränderungen eintreten, ist im Sachenrecht des BGB geregelt.

Bei Grundstücken gehört dazu die Einigung über die Veränderung und die Eintragung der Veränderung in das bei den Amtsgerichten geführte Grundbuch (§ 873 BGB), bei beweglichen Sachen wie Zigaretenschachteln und Geldstücken und -scheinen die Einigung über den Eigentumsübergang und die Übergabe der Sachen (§ 929 BGB). Der Gesetzgeber wollte die Eigentümerstellung nach außen dokumentieren durch die Eintragung ins Grundbuch einerseits und die tatsächliche Innehabung der Sache andererseits. Das dient der Sicherheit des Rechtsverkehrs, der sich für die Frage der Eigentümerstellung an Äußerlichkeiten orientieren können soll. Es ist eine vor allem für den Distanzkauf und den Verkauf von Waren, über die der Verkäufer noch gar nicht verfügt, wirtschaftlich sinnvolle Aufteilung und Trennung des obligatorischen vom dinglichen Rechtsgeschäft. In dem einen werden die Pflichten begründet, in dem anderen erfüllt und das in den Formen, die ein anderer Rechtsbereich dafür vorsieht.

Von **mindestens** drei Verträgen habe ich gesprochen, weil manche für die Erfüllung der jeweiligen Vertragspflichten einen sog. Erfüllungsvertrag annehmen.

Die Vertreter dieser Auffassung müssen fünf Verträge annehmen: den Kaufvertrag, den Übereignungsvertrag mit der Schachtel Zigaretten, den Übereignungsvertrag mit dem Geldstück und schließlich noch zwei Erfüllungsverträge, die zusammen mit den Leistungen zum Erlöschen der schuldrechtlichen Verpflichtungen führen (§ 362 Abs. 1 BGB).

#### **4. Das Wechselgeld**

Die Anzahl der Verträge erhöht sich, wenn der Käufer den Kaufpreis nicht mit passenden Münzen oder Scheinen begleichen kann. Nehmen wir einmal an, dass die Schachtel vier Euro kostet, der Käufer aber mit einem Fünf-Euro-Schein bezahlen will. Hier ist für jedermann klar, dass dem Käufer ein Anspruch auf Herausgabe des Wechselgeldes in Höhe von einem Euro zustehen muss. Die Begründung für diesen Anspruch fällt aber gar nicht so leicht. Zwei Hauptbegründungsmöglichkeiten stehen sich gegenüber. Die eine nimmt einen vertraglichen Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer an, die andere einen Bereicherungsanspruch. Beide Begründungsmöglichkeiten stehen vor spezifischen Schwierigkeiten.

Die am Zahlungsvorgang Beteiligten wechseln häufig gar keine Worte miteinander. Wie soll es dann zu einem Vertragsschluss kommen? Doch müssen Vertragserklärungen nicht unbedingt ausdrücklich erfolgen. Sie können auch aus den Handlungen erschlossen werden. Man spricht dann von konkludenten Willenserklärungen. Das könnte hier durchaus in Betracht kommen. Doch um welchen Vertragstyp soll es sich handeln? Keiner der im BGB geregelten Vertragstypen will hier passen. Das ist aber nicht weiter schlimm. Das Schuldrecht ist vom Grundsatz der Vertragsfreiheit geprägt. Die Vertragsparteien sind nicht gebunden, einen im Gesetz geregelten Vertragstyp zu wählen. Sie können neue Vertragstypen schaffen. Man spricht dann von Verträgen eigener Art oder auch von Verträgen *sui generis*.

Der Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 BGB braucht keine rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen. Hier liegen die Probleme auf anderen Ebenen. Zunächst einmal unterscheidet § 812 Abs. 1 BGB die Leistungsbereicherung von der Nichtleistungsbereicherung. Mit welcher Art von Bereicherung haben wir es mit Blick auf den überschießenden Geldwert zu tun? Eine Leistung ist eine zweckgerichtete Vermögensmehrung. Einen Zweck verfolgt der Käufer aber nur mit Blick auf seine Schuld von vier Euro. Diese Schuld möchte er begleichen. Mit Blick auf den überschießenden Wert wird kein Zweck verfolgt. Das könnte die Annahme einer Leistung ausschließen. Darüber hinaus hätte man

bei einer Leistungskondiktion mit dem Ausschluss der Kondiktion durch § 814 Fall 1 BGB zu kämpfen. Danach ist der Anspruch ausgeschlossen, wenn der Leistende wusste, dass er nicht zur Leistung verpflichtet war. Und unser Käufer wusste sehr wohl, dass er nur vier Euro schuldete. Mit dieser Schwierigkeit hätte die Annahme einer Bereicherung in sonstiger Weise nicht zu kämpfen. § 814 BGB schließt nur die Leistungskondiktion aus, nicht aber die Nichtleistungskondiktion. Gegen das Bereicherungsrecht spricht unter Umständen auch, dass der Bereicherungsanspruch eine spezifische Schwäche aufweist, weil er lediglich auf die noch vorhandene Bereicherung gerichtet ist (§ 818 Abs. 3 BGB). Man wird auch diese Schwäche überwinden können; aus dem Text des § 818 Abs. 3 BGB ließe sich das aber nicht ohne Weiteres begründen.

Es spricht daher vieles dafür, den weniger schwierigen Weg über die Begründung eines vertraglichen Anspruchs zu gehen. Mit ihm kommen zwei weitere Verträge ins Spiel. Der eine ist auf die Begründung der Rückzahlungsverpflichtung gerichtet, der andere beinhaltet die Einigung, die nach § 929 BGB erforderlich ist, um dem Käufer das Eigentum an dem Wechselgeld zu verschaffen.

---

## *II. Aufgaben eines Juristen*

Juristen werden in den verschiedensten Funktionen und Berufen tätig. Sie gehen in die Wirtschaft, wenden sich der Politik zu, suchen und finden Tätigkeiten in der öffentlichen Verwaltung. Einige wenige werden Richter, manche Notare und die weitaus meisten Rechtsanwälte. Die Ausbildung aber zielt auf den Einheitsjuristen. Diese ist in starkem Maße an der Tätigkeit des Richters ausgerichtet. Die anderen Tätigkeiten - so kann man immer wieder hören - kämen dagegen zu kurz. Versucht man, diese anderen Tätigkeiten zu benennen, kommt die **Rechtsgestaltung** ins Spiel. Dabei spielt die Gestaltung privater Rechtsverhältnisse (durch Anwälte, Notare, Steuerberater) ebenso eine Rolle wie die Gestaltung öffentlicher Rechtsverhältnisse durch den Gesetz- und Verordnungsgeber. Ein zentrales Schlagwort ist zudem die **Streitvermeidung**. Wo sie gelingt, kommt es gar nicht dazu, dass ein Richter sich mit einer Angelegenheit befasst. Sollte man nicht deshalb besser das Studium des Rechts an den Gestaltungsaufgaben der Juristen und an der Streitvermeidung ausrichten?

Meine Antwort auf diese Frage lautet: Nein! Das klingt ein wenig unmodern. Doch will ich die Antwort gern begründen.

Rechtsgestaltung und Streitvermeidung lassen sich sinnvoll nur betreiben, wenn man eine Idee davon hat, wie im Falle eines Streits dieser Streit von Richtern entschieden würde. Das liegt bei den Rechtsanwälten, die forensisch tätig sind, auf der Hand. Wer vor Gericht zieht oder sich vor die Frage gestellt sieht, ein Gericht anzurufen, hat einen Fall vor sich, bei dem der Streit schon ausgebrochen ist. Hier geht es darum, die Erfolgsaussichten einer Inanspruchnahme der Gerichte zu prüfen. Und das kann man nur, wenn man sich in die Rolle des Richters versetzt und den Fall so prüft, wie der Richter das tun würde. Der forensisch tätige Rechtsanwalt braucht mithin die Fähigkeiten eines Richters. Er braucht u.U. noch mehr: nämlich Ideen, wie man eine gerichtliche Auseinandersetzung trotz ausgebrochenen Streits vermeiden und eine sinnvolle Regelung für das zukünftige Miteinander gestalten kann. Diese Fähigkeiten braucht sowohl der, dem die Prüfung aus der Richterperspektive die Erfolglosigkeit einer gerichtlichen Auseinandersetzung avisiert hat, wie auch der, dessen Sache durchaus Erfolg verspricht. Der erste, weil hier die einzige Chance liegt, dem Mandanten zu helfen, der zweite, weil die Auseinandersetzung trotz Erfolgs mehr Schaden als Nutzen zeitigen kann. Hier sind psychologisches Einfühlvermögen und wirtschaftliches Verständnis gefragt. Das sind über die juristische Qualifikation hinaus gehende Fähigkeiten. Sie sind nützlich und werden auch in der Juristenausbildung an der Universität des Saarlandes gepflegt werden. Sie machen aber die an der Streitentscheidung ausgerichtete juristische Qualifikation nicht überflüssig.

Das Gesagte gilt *mutatis mutandis* auch für die Gestaltungs- und Streitvermeidungstätigkeiten, die nicht unmittelbar im Vorfeld einer gerichtlichen Auseinandersetzung angesiedelt sind, sondern völlig unabhängig von einem konkreten Streit auftreten.

Der Unternehmer möchte die Unternehmensnachfolge so regeln, dass der Fortbestand des Unternehmens nicht gefährdet ist. Das Fähigkeitste seiner Kinder soll heran (die Unternehmensleitung erhalten) und nicht durch Erbansprüche der anderen Kinder so belastet sein, dass dem Unternehmen die erforderliche Kapitalbasis fehlt.

Ein anderer möchte Vorsorge dafür treffen, dass seine Familie auch dann versorgt ist, wenn die Unternehmensgeschäfte scheitern und gar der Vermögensverfall (Konkurs, Insolvenz) droht.

Was hier gegenüber der traditionellen richterlichen Streitentscheidungsperspektive an mehr verlangt ist, ist die

- Fähigkeit, das Ziel zu erfassen und mit den Mitteln des Rechts einen Weg zur Zielerreichung zu weisen, der sich als rechtlich haltbar erweist (das Ziel wird erreicht) und keine unbedachten Nachteile im Gepäck hat (Steuern!)



- Phantasie, sich künftige Konflikte und Streitszenarios auszumalen, und Vorsorge dafür zu treffen, dass keiner der Konflikte die Zielerreichung gefährdet.

Gerade der zweite Aspekt macht deutlich, dass auch hier das Einnehmen der Richterperspektive unverzichtbar ist. Man muss sich das Konfliktpotential und die Fälle ausmalen, fragen, wie der Richter bei der einen oder anderen Gestaltung entscheiden würde, und die Gestaltung wählen, bei der das Ziel auch durch die richterliche Entscheidung nicht gefährdet wird.

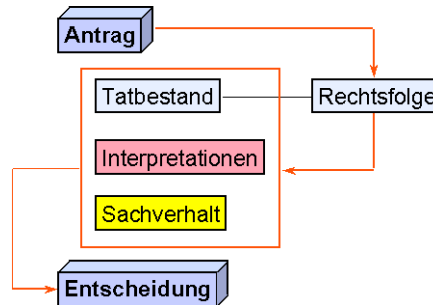
Ich betone noch einmal: Die zusätzlichen Fähigkeiten sind wichtig. Sie machen aber die Fähigkeit, wie ein Richter über reale oder gedachte Fälle zu entscheiden, nicht obsolet. Im Gegenteil: Diese Fähigkeit ist und bleibt unverzichtbar! Sie ist die Basisqualifikation eines jeden Juristen.

### **1. Die Basisqualifikation**

Die Aufgabe des Juristen als Juristen ist es, Antworten auf Rechtsfragen zu geben. Die Fragen sind in der Regel mit Fällen (tatsächlich geschehenen oder erdachten Sachverhalten) verbunden. Die Antwort ist - aus der Perspektive des Richters betrachtet - die Entscheidung des Falles. Diese Entscheidung soll nicht willkürlich erfolgen und auch nicht ausgewürfelt werden, sondern dem Recht entsprechen. Das Recht stellt (in Gesetzen, Verordnungen, Satzungen, Gerichtsentscheidungen) Normen bereit, die nur dann eine (positive) Antwort auf die gestellte Frage ermöglichen, wenn erstens eine Rechtsfolge nachgefragt wird, die die Rechtsordnung kennt, und zweitens der Sachverhalt die Voraussetzungen erfüllt, an die die Rechtsordnung das Eintreten der Rechtsfolge knüpft. Die erste Bedingung löst die Suche nach einer geeigneten Rechtsgrundlage (Rechtsnorm) aus, die zweite führt zum Vergleich des Sachverhalts mit den in der Rechtsnorm angeführten Voraussetzungen, mit dem Tatbestand der Rechtsnorm. Diesen Vorgang nennen die Juristen Subsumtion.

Die Grundelemente in der Falllösungsarbeit des Juristen sind: der Sachverhalt (Fall), die auf eine Rechtsfolge abzielende Fallfrage (Antrag) und eine Rechtsnorm mit Tatbestand und Rechtsfolge.

Diese sind in einer bestimmten Weise einander zugeordnet.



Der Antrag zielt auf die Rechtsfolge, der Sachverhalt auf den Tatbestand. Die Entscheidung gibt eine Antwort auf den Antrag. Neu ist in unserem Bild das Element der Interpretation. „Alles ist Auslegungssache“, weiß schon ein Laie über das Tun der Juristen zu berichten, und in der Tat, ob ein Sachverhalt unter den Tatbestand eines Gesetzes „passt“, zeigt sich in der Regel erst nach einer Auslegung des in abstrakter Sprache gehaltenen, für eine Vielzahl von Fällen geschaffenen Tatbestands der Rechtsnorm mit Blick auf den in lebensnaher und konkreter Sprache beschriebenen Sachverhalt. Das den Tatbestand der Rechtsnorm mit dem Lebenssachverhalt verbindende Element ist die Auslegung oder Interpretation.

Schwierigkeiten, dieses Phänomen einzuordnen, haben diejenigen, die die Rechtsanwendung logisch auf ein Dreiermodell mit Obersatz (Rechtsnorm), Untersatz (Fall) und Schlusssatz (Entscheidung) reduzieren. Das machen leider die meisten Juristen und Rechtslehrer (gerade auch in den zur Einführung bestimmten Lehr- und Lernbüchern). Wer nur für zwei Prämissen Platz hat, muss bei mehr als zweien etwas fallen lassen. Das ist dann in der Regel die konkrete Sachverhaltsbeschreibung. Zum Untersatz wird das Ergebnis der Subsumtion, dass nämlich ein Fall des Tatbestands gegeben sei. Dazu heißt es dann (im falschen Bilde zutreffend), dass die schwierigste Aufgabe des Juristen darin liege, den Untersatz zuzubereiten.

Das Dreiermodell entspricht dem Stand der Logik vor mehr als 2.000 Jahren (Syllogistik des Aristoteles). Die moderne Logik erlaubt uns Ableitungen über vielzählige Prämissen und damit ein der juristischen Entscheidung angemessenes Vierermodell. Die Entscheidung bleibt der Schlusssatz der Ableitung. Prämissen sind der Sachverhalt, die Rechtsnorm und die Interpretationen, die die Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsnorm so mit den Beschreibungen des

Sachverhalts verbinden, das sich die Entscheidung nach den Regeln der Logik erschließen lässt. Diesem Modell ist die obige Grafik nachgebildet.

## 2. Das deduktive Hauptschema

Mit den Mitteln der modernen Logik lassen sich die Aufgaben des Juristen messerscharf herausarbeiten.

Zu begründen ist eine Einzelfallentscheidung. Das Ergebnis der Einzelfallentscheidung kann in einem singulären Satz mit einem deontischen Operator formuliert werden. Der deontische Operator bringt das Sollen (im Unterschied zum Sein) zum Ausdruck. Als prädikatenlogischen Ausdruck notieren wir für die Einzelfallentscheidung:

1.O(Ra)

Im konkreten Fall (a) ist die Rechtsfolge (R) geboten (O).

Es muss eine deduktiv gültige Argumentation zu der Entscheidung führen. Das bedeutet: Entweder ruht die Einzelfallentscheidung in sich selbst oder aber in den Gründen (Prämissen), die zu ihrer Begründung angeführt werden. Darin muss sich ein Satz mit einem deontischen Operator finden. Sonst könnte kein singulärer Satz mit einem deontischen Operator abgeleitet und das Postulat der deduktiv gültigen Argumentation nicht erfüllt werden.

Wenn wir davon ausgehen, dass juristische Einzelfallentscheidungen nicht in sich selbst ruhen, müssen Gründe angeführt werden, warum die Entscheidung so und nicht anders ausgefallen ist. Wir beginnen mit der Einführung des Sachverhalts. Das ist die Beschreibung eines singulären Geschehens, für die wir als prädikatenlogischen Ausdruck notieren:

2. Sa

Im konkreten Fall (a) haben wir es mit einem Sachverhalt mit den Merkmalen (S) zu tun.

Auch das logisch ungeübte Auge sieht sogleich, dass es von (2) zu (1) keinen deduktiven Übergang gibt. Dazu benötigen wir mindestens noch eine weitere Prämisse. Versuchen wir es zunächst einmal mit der Einführung der

Minimalbedingung zur Erfüllung des Deduktivitätspostulats! Das ist ein bedingter singulärer Normsatz, für den wir als prädikatenlogischen Ausdruck notieren:

3.  $Sa \rightarrow O(Ra)$

Wenn der konkrete Fall (a) die Sachverhaltsmerkmale (S) aufweist, dann soll die Rechtsfolge (R) eingreifen.

Mit einem solchen bedingten Normsatz ist das Deduktivitätspostulat erfüllt, weil nun aus (3) und (2) die Einzelfallentscheidung (1) logisch folgt. Logische Bedenken könnten wir gegen eine solche Begründung nicht erheben, wohl aber rechtliche. Das Gleichbehandlungsgebot verlangt die Heranziehung genereller und allgemeiner Normen. Kadijustiz ist nicht erlaubt.

Wir müssen deshalb eine universelle bedingte Norm einführen, für die wir als prädikatenlogischen Ausdruck notieren:

4.  $\forall x (Tx \leftrightarrow Rx(O))$

In allen und nur den Fällen (x), in denen die Tatbestandsvoraussetzungen (T) erfüllt sind, soll die Rechtsfolge (R) ausgesprochen werden.

Mit dieser Formulierung treffen wir ganz gut die dem Juristen bekannte Redeweise von der Aufspaltung der Normen in einen Tatbestand (= Voraussetzungsteil) und eine Rechtsfolge. Wir kommen aber in Schwierigkeiten mit der Erfüllung des Deduktivitätspostulats. Es gibt keinen deduktiv gültigen Übergang von (4) und (2) zu (1). Den gäbe es nur, wenn wir beim Sachverhalt Ta statt Sa notiert hätten. Mit Sa aber müssen wir eine logische Kluft zwischen der Sachverhaltsprämisse und der Normprämisse feststellen. Diese kann nur durch die Aufnahme weiterer Prämissen überbrückt werden, welche die Sachverhaltsbeschreibung und den Voraussetzungsteil des Normsatzes miteinander verbinden. Hier handelt es sich regelmäßig um semantische Interpretationen (Auslegungshypothesen) der im Voraussetzungsteil des Normsatzes verwendeten Begriffe mit Richtung auf die zur Beschreibung des individuellen Sachverhalts verwendeten Begriffe. Wegen des Gleichbehandlungsgebots müssen auch diese semantischen Interpretationen allgemein sein. Als Beispiel können wir folgenden prädikatenlogischen Ausdruck für eine semantische Interpretation wählen:

5.  $\forall x (Sx \rightarrow Tx)$

Fälle (x) mit den Merkmalen (S) gehören zu (T).

(5), (4) und (2) erlauben die Folgerung auf (1). Auch (3) ist in (5) und (4) enthalten.

Die deduktive Korrektheit ist lediglich eine (notwendige) Voraussetzung für eine korrekte Entscheidungsbegründung. Wenn die Entscheidung insgesamt richtig sein soll, muss zur deduktiven Korrektheit die Richtigkeit aller in der Ableitung verwendeten Prämissen hinzutreten: Die herangezogene Norm muss gültig, der Sachverhalt zutreffend und die Auslegung richtig sein. Das beurteilt sich nach ganz unterschiedlichen Kriterien. Ein Teil dieser Kriterien (für Auslegung und Rechtsfortbildung) wird in der juristischen Methodenlehre behandelt.

### **3. Auslegung und Rechtsfortbildung**

Mit der Auslegung und der Rechtsfortbildung fügen die Rechtsanwender Begründungselemente in die Begründung ihrer Entscheidungen ein, die sie den Gesetzen selbst nicht entnehmen können. Das gilt selbst dann, wenn man meint, den Gesetzesbefehl lediglich auszuführen. Auch „klare“ Gesetzestexte tragen die Entscheidung nicht allein, wenn sie auf Sachverhalte angewendet werden, die mit anderen Begriffen als denen beschrieben sind, die der Gesetzgeber zur Normformulierung verwendet hat. Es gibt vielleicht Unterschiede in den Begründungsschwierigkeiten für Auslegungshypothesen. Die Begründungen selbst können nie den Gesetzen entnommen werden (Ausnahme: Legaldefinitionen). Die Realisierung der von der Verfassung gebotenen Gesetzesbindung muss dem Rechnung tragen.

#### *a. Grundregeln der Auslegung (Hermeneutik)*

In der juristischen Methodenlehre (als Einstiegslektüre für Studenten im Anfangsstadium besonders geeignet: Zippelius, Juristische Methodenlehre, 9. Aufl. 2005) pflegt man vier Auslegungsweisen zu unterscheiden: die philologische, die systematische, die historische und die teleologische. Die Abgrenzungen fallen von Autor zu Autor sehr unterschiedlich aus. Einen gemeinsamen Grundregelkanon kann man wie folgt formulieren:

- Stelle den Wortsinn fest! - philologische Auslegung
- Beachte den Regelungszusammenhang! - systematische Auslegung
- Beachte die Regelungsabsichten des Gesetzgebers! - historische Auslegung
- Beachte die Zwecke des Gesetzes! - teleologische Auslegung

Umstritten ist das Ziel der Auslegung wie die Rangfolge der Auslegungsregeln bei divergierenden Auslegungsergebnissen. Die Zielbestimmung führt in verfassungsrechtliche Grundprobleme der Gewaltenteilung, des Verhältnisses von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung. Denkbare Ziele sind: das vom Gesetzgeber GESAGTE, das vom Gesetzgeber GEWOLLTE, das (von wem gewollte oder auch nur gewusste?) VERNÜNFTIGE. Auf diese Ziele hin lassen sich dann Regeln der Auslegung formulieren, die zur Zielerreichung geeignet sind (vgl. dazu und zum folgenden Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, §§ 16 bis 18; ferner Rüßmann, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzesbindung, in: Behrends u.a. (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, 1990, S. 35 ff.). ACHTUNG! Das ist für den Anfang eine schwere Kost!

### *b. Rechtsfortbildung*

Die Rechtsanwendungsmöglichkeiten von Verwaltung und Rechtsprechung sind nicht auf die Auslegung der in den Gesetzen vorkommenden Begriffe beschränkt. Im Gegenteil: Eine Strukturbetrachtung tatsächlich stattfindender Rechtsanwendung könnte zu der Annahme verleiten, dass die Rechtsanwendungsmöglichkeiten prinzipiell unbegrenzt sind.

#### *i. Argumentationsfiguren der Rechtsfortbildung*

Stellen wir uns die Rechtsnormen in einer Wenn-Dann-Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge vor, dann haben wir folgende Möglichkeiten:

##### 1. Normalfall

Obersatz: Wenn T, dann R (Rechtsnorm)

Untersatz: T (Tatbestand ist gegeben.)

Schlussatz: Also: R (Rechtsfolge greift ein.)

##### 2. Abweisungsfall

Obersatz: Wenn T, dann R (Rechtsnorm)

Untersatz: Nicht-T (Tatbestand ist nicht gegeben.)

Schlussatz: Also: ??? (Rechtsfolge ist fraglich.)

Bei der ersten Möglichkeit ist die Ableitung von R deduktiv korrekt, d.h. sie steht im Einklang mit den Schlussregeln der Logik. Bei der zweiten ist die Entscheidung solange offen, wie wir nicht das Wörtchen „nur“ in die Formulierung des Rechtssatzes mit aufnehmen. Wird das getan, ist die Ableitung von Nicht-R

deduktiv korrekt. Die Juristen sprechen von einem Umkehrschluss oder *argumentum e contrario*. Sie belassen es dabei aber nicht, sondern kennen noch zwei weitere Entscheidungssituationen:

### 3. Analogie

Obersatz: Wenn T, dann R (Rechtsnorm)

Untersatz: Nicht-T (Tatbestand ist nicht gegeben.)

Schlussatz: Also: R (Rechtsfolge greift trotzdem ein.)

### 4. Reduktion

Obersatz: Wenn T, dann R (Rechtsnorm)

Untersatz: T (Tatbestand ist gegeben.)

Schlussatz: Also: Nicht-R (Rechtsfolge greift nicht ein.)

Das könnte einen am logischen Urteilsvermögen der Juristen zweifeln lassen. Das Ganze ist aber nur Ausdruck von sog. Rechtsfortbildungsmöglichkeiten, die einer besonderen Begründung bedürfen und letztlich zu einer Veränderung der Normen führen (die Logik bleibt unangetastet). Einmal geht es um eine Analogie, d.h. um die entsprechende Anwendung der Norm auf einen Fall, auf den sie unmittelbar nicht anwendbar ist, und einmal um eine teleologische Reduktion, d.h. um die zweckgesteuerte Nichtanwendung der Norm auf einen Fall, auf den sie nach dem - zu weiten - Wortlaut anwendbar ist.

#### *ii. Analogie*

Als Beispiel für die Erweiterung des Anwendungsbereichs von Normen, für die Schaffung einer neuen Norm, können wir den Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung oder positiver Vertragsverletzung betrachten, der schon bald nach Inkrafttreten des BGB entwickelt worden ist und dem man bis zum Januar 2002 gewohnheitsrechtliche Geltung zusprach. Seit dem 1.1.2002 ist dieses Beispiel nur noch von historischem Wert, weil mit der Schuldrechtsmodernisierung die positive Vertragsverletzung Einzug in das BGB erhielt.

Der Gesetzgeber des BGB hatte Schadensersatzansprüche für die Vertragsverletzungen des Verzuges und der Unmöglichkeit der Leistung vorgesehen. Die Normen waren §§ 280 und 286 für Pflichten, die nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, und §§ 325 und 326 BGB a.F. für Pflichten, die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Keine Regelung enthielt das allgemeine Schuldrecht für die Verletzung von Pflichten, die neben den Leistungspflichten

bestehen, für die Fälle der Schlechtleistung statt der Nichtleistung. Für diese Fälle ist das Rechtsinstitut der positiven Forderungsverletzung entwickelt und mit einer Analogie zu den Vorschriften der §§ 280, 286, 325, 326 BGB a.F. begründet worden.

### *iii. Teleologische Reduktion*

Die teleologische Reduktion führt zur Nichtanwendung einer vom Wortlaut her anwendbaren Norm in den Fällen, in denen die Norm vom gesetzgeberischen Zweck her nicht angewendet werden sollte. Das ist gleichbedeutend mit der Einführung einer Ausnahme durch den Rechtsanwender. Wir haben das am Beispiel der Formfreiheit der Vollmachtserteilung für Rechtsgeschäfte besprochen, die ihrerseits nur in einer bestimmten Form abgeschlossen werden können (Grundstückskauf in notarieller Beurkundung nach § 311b BGB).

Die hinter § 167 Abs. 2 BGB stehende Idee ist die, dass die Vollmacht keiner Form bedürfe, weil sie nach § 168 BGB jederzeit widerrufen werden könne und der Vollmachtgeber durch die Widerrufsmöglichkeit hinreichend vor unüberlegten Geschäften geschützt sei. Das mag (muss) man als Entscheidung des Gesetzgebers so hinnehmen. Trifft man allerdings auf Konstellationen, in denen ein Widerruf der Vollmacht ausgeschlossen (unwiderrufliche Vollmacht) oder kaum praktikabel ist (Vollmacht mit der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens, § 181 BGB), dann greift die für die Formfreiheit leitende Idee des Gesetzgebers nicht mehr. Der Gesetzesanwender ist legitimiert, in Fortschreibung des Willens des Gesetzgebers eine Ausnahme von § 167 Abs. 2 BGB zu postulieren, d.h. diese Norm nicht anzuwenden.

Analogie und teleologische Reduktion sind nicht die einzigen Möglichkeiten, die dem Rechtsanwender zur Veränderung der Normenordnung zu Gebote stehen. Das können wir an der Systematisierung der Rechtsanwendungsmöglichkeiten zeigen, die sich in dem einflussreichen Methodenlehrbuch von Karl Larenz findet.

### *c. Rechtsanwendung nach Larenz*

Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, ordnet die Rechtsanwendungsmöglichkeiten nach folgenden Gesichtspunkten (daran hat sich in der Neubearbeitung der Studienausgabe durch Canaris im Jahre 1996 nichts geändert):

- Auslegung



Das sei die Feststellung und Festlegung des Bedeutungsgehalts einer Norm im Rahmen des möglichen Wortsinns.

- Rechtsfortbildung

Das sei die Anwendung von Normen gegen den Wortsinn. Sie werde unterteilt in die

- gesetzesimmanente Rechtsfortbildung

gekennzeichnet durch die Vorstellung, den Plan des Gesetzgebers gegen die planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes zur Geltung zu bringen (Analogie und teleologische Reduktion) und die

- gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung

über den Plan des Gesetzgebers hinaus im Rahmen der Gesamtrechtsordnung, gerechtfertigt durch die Rücksichten auf die Bedürfnisse des Wirtschaftsverkehrs, auf die Natur der Sache und auf rechtsethische Prinzipien.

Es liegt auf der Hand, dass die Juristen mit der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung ein verfassungsrechtlich außerordentlich problematisches Feld betreten.

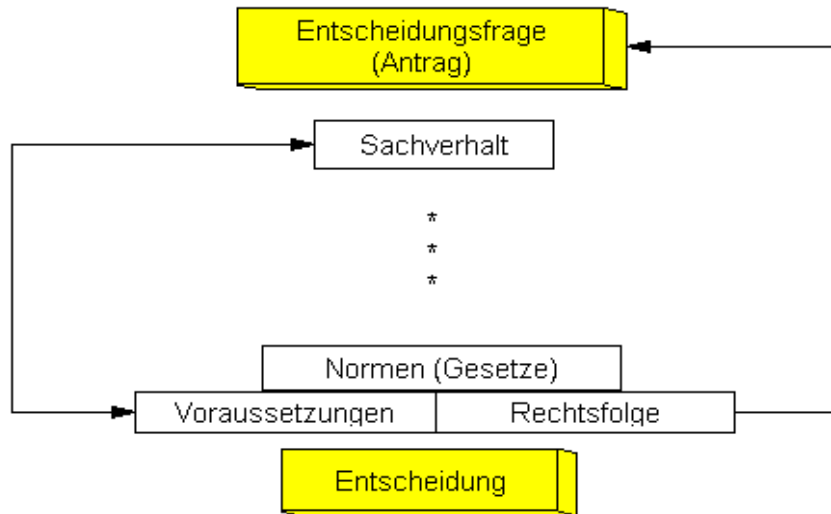
---

### *III. Das Zusammenspiel verschiedener Teile des BGB*

Das Zusammenspiel verschiedener Teile des BGB für die Entscheidung eines konkreten Falles soll an einem Beispiel gezeigt werden, das einem Buch zur juristischen Methodenlehre entlehnt ist (Zippelius, Juristische Methodenlehre. Eine Einführung, 7. Aufl. 1999, § 6). Der Fall gibt uns zugleich Gelegenheit, uns - abermals - mit einem methodischen Grundgerüst für die Entscheidung von Einzelfällen und einigen Grundlagen der sog. Gutachtentechnik für die Lösung von Zivilrechtsfällen vertraut zu machen. Wir werfen einen Blick in die Werkstatt des juristischen Denkens.

## 1. Das methodische Grundgerüst

Es handelt sich um ein Grundgerüst für die Behandlung juristischer Fallfragen. In ihm werden die regelmäßig zu beantwortenden Fragen charakterisiert.



### Strukturelle Beziehungen zwischen den Teilen des Gerüsts.

Die Entscheidung enthält eine Ja/Nein Antwort (bei teilbaren Anträgen auch teils Ja und teils Nein) auf die Entscheidungsfrage.

Die Entscheidung soll logisch korrekt begründet sein, d.h. aus der Sachverhaltsbeschreibung, den Normen und gegebenenfalls weiteren Prämissen logisch folgen.

Daraus ergibt sich, dass der Einstieg in die rechtliche Prüfung nur über solche Normen erfolgen kann und darf, die von ihrer Rechtsfolge her eine Antwort auf die Entscheidungsfrage ermöglichen.

Hat man solche Normen im Gesetz gefunden (oder auch erst außerhalb des Gesetzes gebildet), so ist zu prüfen, ob der Sachverhalt die Voraussetzungen, die

Anwendungsbedingungen der Norm erfüllt. Diesen Vorgang nennen die Juristen **Subsumtion**.

Die Anwendungsbedingungen können zum Teil nur durch Ergänzungs- und Hilfsnormen identifiziert werden.

Auch nach der Heranziehung von Ergänzungs- und Hilfsnormen bleibt in der Regel eine Kluft zwischen Sachverhaltsbeschreibung und Normen, die durch Interpretationen (Auslegungshypothesen) überbrückt werden muss, um dem Gebot der logisch korrekten Begründung zu genügen. Für die Auslegungshypothesen stehen die Sternchen im Grundgerüst.

## 2. Die Gutachtentechnik

Die Gutachtentechnik orientiert sich an dem methodischen Grundgerüst. Sie trägt der Tatsache Rechnung, dass regelmäßig nicht nur eine Norm zur Entscheidung der Fallfrage heranzuziehen ist, sondern deren viele. Dabei versucht sie, den Weg durch das Normendickicht zu steuern und so etwas wie denkökonomische Minima der gutachtlichen Fallentwicklung zu formulieren.

Das Gutachten ist alsdann eine Darstellungsform für die Entwicklung einer Falllösung von der Ausgangsfrage zum Ergebnis. Die im Folgenden beschriebenen „denkökonomischen Minima“ sollen einerseits davor bewahren, Zeit, Gedanken und Energie auf überflüssige Erörterungen zu verschwenden, und andererseits dazu beitragen, alle erforderlichen Erörterungen aufzugreifen. Für die Erreichung des letzteren Ziels sind sie allerdings nur notwendige, nicht auch hinreichende Bedingungen.

Erste Aufgabe einer gutachtlichen Fallentwicklung ist die Herausarbeitung der Ausgangsfrage. Im Zivilrecht geht es dabei in der Regel um die Feststellung eines tatsächlichen Begehrens. Die Frage lautet dann: „Wer will was von wem?“ Die Antwort darauf ist notwendiger Einleitungssatz einer jeden gutachtlichen Fallentwicklung. Sind alternative Antworten möglich, so ist für jede Alternative eine eigene gutachtliche Entwicklung erforderlich.

Auf die Feststellung des tatsächlichen Begehrens folgt die hypothetische Einführung einer dem tatsächlichen Begehren korrespondierenden Rechtsnorm (Anspruchsgrundlage). Stellt man sich Normen in einer Wenn-dann-Verknüpfung von Tatbestand (= Anspruchsvoraussetzungen) und Rechtsfolge vor, so sind nur

jene Normen geeignete Anspruchsnormen, deren Rechtsfolge dem tatsächlichen Begehren entspricht.

Im dritten Schritt ist das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale der hypothetisch eingeführten (und gegebenenfalls als geltend begründeten) Anspruchsnorm zu untersuchen. Dabei geht es um die Frage, ob der Sachverhalt die Merkmale aufweist, welche durch die Bedeutungsregeln (Auslegungshypothesen) ausgezeichnet werden, die den Gehalt des Tatbestands der Anspruchsnorm ausmachen. Die Bedeutungsregeln können durch andere Normen wenigstens teilweise festgelegt sein (so z. B. das „Eigentum“ in § 823 Abs. 1 BGB durch die Vorschriften des Sachenrechts). Dann müssen die entsprechenden Normen eingeführt und untersucht werden. Die Bedeutungsregeln können auch Entscheidungsspielräume lassen. Diese sind unter Erörterung der verschiedenen Ausfüllungsmöglichkeiten durch Festsetzung auszufüllen.

Die Untersuchung der Tatbestandsmerkmale der hypothetisch eingeführten Anspruchsnorm kann zu zwei Ergebnissen führen. Entweder wird der Tatbestand verneint. Dann steht fest, dass das Begehren durch die untersuchte Norm jedenfalls nicht begründet werden kann. Man hat dann eine andere (dem tatsächlichen Begehren korrespondierende) Anspruchsnorm ein- und die Untersuchungen zu deren Tatbestand durchzuführen. Oder aber der Tatbestand wird bejaht. Dann stellt sich die Frage nach möglichen Einwänden (Gegenrechten), die den Anspruch trotz Vorliegen des Tatbestands der Anspruchsnorm zu Fall bringen können.

Die mögliche Einwände begründenden Gegenrechtsnormen sind ebenso hypothetisch einzuführen wie die dem Begehren korrespondierenden Anspruchsnormen. Es muss sich um Normen handeln, die von ihrer Rechtsfolgenseite her überhaupt geeignet sind, den bis dahin begründeten Anspruch zu Fall zu bringen. Nur im Hinblick auf sie gebietet die Denkökonomie eine Untersuchung der Tatbestandsmerkmale. Werden die Voraussetzungen der Gegenrechtsnorm bejaht, sind, wenn nicht eine Gegengegenrechtsnorm eingreift, die Erörterungen zur geprüften Anspruchsgrundlage abzuschließen, und eine neue Anspruchsgrundlage ist gegebenenfalls einzuführen. Werden die Voraussetzungen aller potentiellen Gegenrechtsnormen verneint, so ist das Begehren nach der untersuchten Anspruchsgrundlage begründet.

### **3. Das Fallbeispiel**

Wir wollen die abstrakt gehaltenen Erörterungen an einem praktischen Beispiel mit Leben füllen.

Der verkalkte Radfahrer A übersieht den Farbwechsel einer Verkehrsampel und streift dadurch den ordnungsgemäß über die Straße gehenden B, der sich fünf Forellen für das Mittagessen geangelt hat. Die Forellen fallen zu Boden und werden durch nachkommende Fahrzeuge zerquetscht. B verlangt von A €10,-, um sich dafür fünf Forellen à €2,- kaufen zu können. A wendet ein, ihn treffe kein Verschulden. Er sei durch die unvorhergesehene Zunahme der Verkehrsdichte und die Häufung der Verkehrszeichen überfordert gewesen und habe trotz Anspannung all seiner Aufmerksamkeit die Verkehrsampel übersehen. Geld müsse er schon gar nicht zahlen, da er selber Angler sei und fünf Forellen als Ersatz fangen könne.

### Formulierung der Ausgangsfrage

**Nicht:** Hat A sich strafbar gemacht? Diese Frage würde in das Strafrecht führen, wo nach Rechtsnormen zu fragen wäre, welche als Rechtsfolge Bestrafung vorsehen.

**Nicht:** Muss die Ordnungsbehörde die Verkehrsführung ändern, um derartige Unfälle in Zukunft auszuschließen? Diese Frage würde in das Verwaltungsrecht, genauer in das Recht der Gefahrenabwehr, führen.

Hier geht es offenbar um ein von B an A gerichtetes Zahlungsbegehren. Das weist ins Privatrecht, genauer ins Bürgerliche Recht, noch genauer ins Schadensersatzrecht des BGB - in das BGB, weil es um einen Radfahrer geht. Bei einem Autounfall kann es zu zivilrechtlichen Ansprüchen kommen, die außerhalb des BGB geregelt sind (vgl. §§ 7 und 18 StVG - Straßenverkehrsgesetz).

Im konkreten Fall wird eine Leistung verlangt (Schuldverhältnis!). Als Begründungstatbestand scheiden der Vertrag und ein gesetzliches Schuldverhältnis aus Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag aus. Es bleibt allein ein gesetzliches Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung. Es muss auf Geldleistung - hier Schadensersatz - gerichtet sein.

§ 823 Abs. 1 BGB ist eine von der Rechtsfolge her geeignete Norm, steht aber allein noch nicht für die fallrelevante Norm. Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen und auch die Rechtsfolge werden durch andere Normen des BGB näher bestimmt: *Eigentum* durch die Regeln des Sachenrechts, *Verhalten* durch allgemeine auch dem BGB noch vorgelagerte Regeln, *Widerrechtlichkeit* durch Regeln des Allgemeinen Teils, *Verschulden* durch Regeln des allgemeinen Schuldrechts und schließlich der *Inhalt von Schadensersatzansprüchen* durch Regeln ebenfalls des allgemeinen Schuldrechts.

Im Einzelnen:

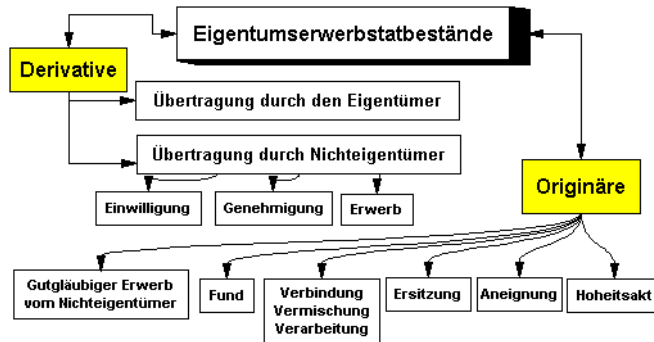
Hatte B das **Eigentum an den Forellen**? Im Normalfall dürfen wir denjenigen als Eigentümer einer beweglichen Sache ansehen, der die Sache im Besitz hat (§ 1006 BGB). Die tatsächliche Sachherrschaft begründet eine Vermutung für die rechtliche Sachherrschaft. Die Vermutung überwindet fehlende Informationen über den Erwerbsvorgang. Haben wir allerdings Informationen über den Erwerbsvorgang, dann müssen wir auch fragen, ob dieser Vorgang tatsächlich zu einem Eigentumserwerb geführt hat. Präziser: Wir müssen fragen, ob der Sachverhalt Informationen enthält, die einen Eigentumserwerb des B ausschließen. Denn nur Informationen, die die Vermutungswirkung ausräumen, können das Eigentum des B ausschließen (§ 292 ZPO).

**Exkurs über Eigentumserwerbstatbestände für Mobilien (bewegliche Sachen).** Eigentumserwerbstatbestände sind Gegenstand des Sachenrechts. Man unterscheidet derivative von originären Erwerbstatbeständen.

*Derivative Erwerbstatbestände* sind solche, bei denen der Erwerb vom (Vor)Eigentümer abgeleitet wird, sei es, dass der Voreigentümer selbst das Übertragungsgeschäft vornimmt (§§ 929 bis 931 BGB lesen!), sei es, dass ein Nichtberechtigter das Übertragungsgeschäft vornimmt und (§ 185 BGB lesen!) der Eigentümer darin einwilligt (vorher) oder die Übertragung genehmigt (nachher). Eine letzte Möglichkeit ist, dass der Nichtberechtigte den Gegenstand selbst später erwirbt (etwa durch Erbschaft).

*Originäre Erwerbstatbestände* sind dadurch gekennzeichnet, dass es entweder keinen Voreigentümer gibt (Aneignungsrechte, §§ 958 ff. BGB) oder dass der Voreigentümer sein Eigentum ohne seinen darauf gerichteten Willen verliert. Das kann geschehen durch staatlichen Hoheitsakt (Zuschlag in der Zwangsversteigerung), durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§§ 946 bis 952 BGB), Ersitzung (§§ 937 ff. BGB), Fund (§§ 965 ff. BGB) und Gutgläubenserwerb (§§ 932 bis 935 BGB).

Grafisch lässt sich das so veranschaulichen:



### Zurück zum Fall:

Es kann Eigentum des B an den Forellen aufgrund originären Erwerbs über §§ 958, 960, 872 BGB geben. B hätte sich dann die herrenlosen Fische angeeignet. Vielleicht hat er aber auch das Aneignungsrecht eines anderen verletzt. Dann hätte er kein Eigentum erworben (§ 958 Abs. 2 BGB). Vielleicht hat er mit Berechtigung geangelt. Dann hätte er wieder Eigentum erworben. Der Sachverhalt erlaubt keinen sicheren Schluss auf den Nichterwerb durch B. Deshalb steht die Vermutung des § 1006 BGB. Es ist vom Eigentum des B auszugehen.

Die Zerstörung der Fische ist eine Eigentumsverletzung durch ein **Verhalten** des A. Es findet eine Zurechnung aller Kausalfolgen nach der *conditio-sine-qua-non-Formel* - ursächlich ist jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiere - zu dem als willensgesteuert qualifizierbaren Überfahren des Rotlichts statt.

**Verschulden** und **Rechtswidrigkeit** sind ebenfalls gegeben: Es gibt keinen Rechtfertigungsgrund (etwa Notwehr gemäß § 227 BGB); es wurde gegen Verkehrsregeln verstoßen; es gilt mit der Außerachtlassung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ (§ 276 Abs. 2 BGB) ein objektiver Fahrlässigkeitsbegriff im Zivilrecht. A kann sich nicht darauf berufen, dass er persönlich überfordert war, wenn der Durchschnittsradfahrer die Situation gemeistert hätte (anders im Strafrecht).

**Rechtsfolge:** A ist dem B zum Schadensersatz verpflichtet.

Was das bedeutet, regelt das BGB für alle Normen, in denen als Rechtsfolge die Verpflichtung zum Schadensersatz angeordnet ist, im allgemeinen Schuldrecht, in den §§ 249 bis 253 BGB.

**Schadensersatz** erfolgt durch Restitution von Güterlagen und Kompensation von Vermögensverlusten.

Schaden ist jede nachteilige Veränderung der Güterlage des Betroffenen (Vergleich der realen, jetzt bestehenden Güterlage mit der hypothetischen Güterlage, die bestünde, wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre, § 249 Abs. 1 BGB) durch

- Güterabfluss oder
  - Verhinderung von Güterzufluss
- oder
- Lastenmehrung oder
  - Verhinderung von Lastenminderung.

Geschuldet wird *Ausgleich* durch **RESTITUTION** (Herstellung der Güterlage)

- in Natur (§ 249 Abs. 1 BGB) bzw.
- durch Zahlung der Herstellungskosten (§§ 249 Abs. 2 S. 1, 250 BGB).

Die Restitution wird abgelöst und/oder ergänzt bei

- Unmöglichkeit (§ 251 Abs. 1 BGB)
- Ungenügen (§ 251 Abs. 1 BGB)
- Unzumutbarkeit (§ 251 Abs. 2 BGB).

Dann wird *Ausgleich* durch **KOMPENSATION** des *Vermögensschadens* (§ 253 BGB) in Geld geschuldet für den

- Vermögensabfluss (§ 251 BGB) und den
- verhinderten Vermögenszufluss, entgangenen Gewinn (§ 252 BGB).

Vermögenswert hat ein Gut, wenn es für das Gut einen Marktpreis gibt!

Übertragen wir das Regelsystem auf den Fall, so müssen wir feststellen, dass das gar nicht so einfach ist. Am Ende kommen wir aber auf jedem der möglichen Wege zu dem von B geltend gemachten Geldanspruch:



Weg 1: Man kann sich auf den Standpunkt stellen, dass Restitution (Reparatur der Forellen) nicht möglich sei. In diesem Fall ist der Vermögensverlust in Geld auszugleichen (§ 251 Abs. 1 BGB). Die Höhe des Verlusts bemisst sich am Marktpreis für Forellen. Der mag €10,- betragen.

Weg 2: Die Rechtsprechung steht auf dem Standpunkt, dass Restitution nicht nur durch Reparatur, sondern auch durch Lieferung einer anderen Sache möglich sei, wenn es sich um eine vertretbare Sache (§ 91 BGB) handelt. Das ist bei Forellen der Fall. Bei dieser Lage ist die Kompensation ausgeschlossen. Man kommt dennoch zu einem Geldanspruch, weil § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB dem Geschädigten ein Wahlrecht auf Zahlung der Herstellungskosten gibt. Von diesem Wahlrecht macht B Gebrauch.

Alles in allem steht B die von A verlangte Geldsumme zu.

#### 4. Gegenrechte

Das Fallbeispiel gibt keinen Anlass für die Erörterung von Gegenrechten. Was mit Gegenrechten gemeint ist und warum wir Rechte und Gegenrechte unterscheiden, soll deshalb unabhängig vom Fall in wenigen Zügen umrissen werden.

Stellen wir uns vor, der Fußgänger habe das Malheur kommen sehen und seinen Weg über die Straße dennoch unbeirrt fortgesetzt, weil er sich ja „im Recht“ befunden habe. In diesem Fall wäre daran zu denken, dass er selbst auch zu seinem Schaden beigetragen hat und sich deshalb eine Kürzung seines Schadensersatzanspruchs gefallen lassen muss. In der Tat trägt § 254 BGB einem solchen Gedanken Rechnung. Er begründet ein sog. Gegenrecht.

Andere Gegenrechte können sich aus Zeitablauf ergeben: Anspruchsverjährung (§ 214 BGB lesen!), Ablauf einer Ausschlussfrist, Anspruchsverwirkung. Wieder andere sind schlicht dadurch begründet, dass man die Forderung durch Erfüllung (§ 362 BGB), Hinterlegung (§ 378 BGB), Aufrechnung (§ 389 BGB), Erlassvertrag (§ 397 BGB) zum Erlöschen bringt.

Die Unterscheidung von Rechten und Gegenrechten gewinnt dann an Bedeutung, wenn in einem Fall einmal die tatsächlichen Voraussetzungen eines vermeintlichen Rechts nicht festgestellt werden können. Dann nämlich stellt sich die Frage, wer die nachteiligen Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat, und das ist bei den Rechten der Anspruchsteller (seine Klage wird abgewiesen) und bei den

Gegenrechten der Anspruchsgegner (der gegen ihn gerichteten Klage wird stattgegeben). Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der Beweislast.

## 5. Anspruch und Verjährung

Hinter dem Anspruch verbirgt sich eines der zentralen Rechtsinstitute des Privatrechts und damit auch des bürgerlichen Vermögensrechts. Schon für den Studienanfänger kommt dem Anspruch besondere Bedeutung zu, weil die meisten der zu Prüfungszwecken gestellten Aufgaben (von den ersten Leistungskontrollen im Studium über die Übung im Bürgerlichen Recht bis hin zu den Examensklausuren) sog. Anspruchsklausuren sind, in denen ein Gutachten über ein tatsächliches Begehren erwartet wird, das man häufig in die Frage kleidet: „Wer will was von wem?“

### *a. Anspruch*

Ob jemand mit Recht etwas von einem anderen verlangen kann, ist gleichbedeutend mit der Frage, ob er einen Anspruch gegen den anderen auf das hat, was er von dem anderen möchte. So spricht auch § 194 Abs. 1 BGB von dem Anspruch als dem „Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen“. Das ist die Legaldefinition des Anspruchsbegriffs. Sie ist von ähnlich umfassender Bedeutung wie die Definition des Schuldverhältnisses in § 241 Abs. 1 BGB: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.“ Ansprüche aber resultieren nicht nur aus Schuldverhältnissen; sie können in allen Rechtsbereichen vorkommen. Man denke nur an den Eigentumsherausgabeanspruch aus § 985 BGB, an Unterhaltsansprüche aus dem Familienrecht (§ 1360 BGB für Ehegatten, § 1601 BGB für Verwandte) oder an Pflichtteilsansprüche aus dem Erbrecht (§ 2303 BGB). Das Gegenstück der Anspruchsberechtigung ist die Leistungsverpflichtung des Anspruchsgegners.

Dem Anspruch des BGB wohnen keinerlei prozessrechtliche Momente inne. Es gibt auch unklagbare Ansprüche, wie das Verlöbnis zeigt, das eine Verpflichtung zur Eheschließung beinhaltet und von dem § 1297 Abs. 1 BGB dennoch sagt: „Aus einem Verlöbniße kann nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden.“

Die Definition des Anspruchsbegriffs ist in § 194 Abs. 1 BGB implizit - im Voraussetzungsteil für eine Rechtsfolge - enthalten. Die eigentliche Regulationsanordnung steckt in der Aussage, dass ein (jeder) Anspruch der Verjährung unterliege.

*b. Verjährung*

Die Verjährung ist ein Rechtsinstitut, das einen Rechtsverlust durch Zeitablauf bewirken kann. Sie ist als Einrede ausgestaltet (das Recht muss ähnlich wie ein Gestaltungsrecht ausgeübt werden) und führt (anders als das ausgeübte Gestaltungsrecht) zur bloßen Hemmung des Anspruchs: Der Anspruch wird durch die Ausübung der Einrede nicht vernichtet, ihm wird lediglich seine Durchsetzbarkeit genommen.

Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, unterliegt der Verjährung. Rechte, die nicht diesen Inhalt haben, unterliegen damit nicht der Verjährung. Ein wichtiges Beispiel für ein solches Recht ist das Eigentum. Man kann zwar auch das Eigentum durch Zeitablauf verlieren (im Rahmen der Ersitzungsmöglichkeiten, §§ 900, 937ff. BGB); das Eigentumsrecht kann aber nicht verjähren.

Wie steht es mit den Ansprüchen, die das Eigentum dem Eigentümer gewährt? Denken Sie an § 985 BGB: „Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.“ Das ist eine schon fast klassische Formulierung eines Anspruchs. § 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB stellt klar, dass auch dieser Anspruch verjähren kann (spätestens in 30 Jahren). Das Eigentumsrecht aber verjährt nicht! Passt das zusammen? Lassen Sie uns die Frage an einem kleinen Beispiel diskutieren:

Der Dieb D stiehlt dem Eigentümer E eine wertvolle chinesische Vase. Nach 31 Jahren kommt er aus seinem Versteck. Die Vase ist noch in bester Ordnung. E verlangt Herausgabe der Vase von D; D hält dem die Einrede der Verjährung entgegen.

Die Anspruchsgrundlage für das Begehren des E ist § 985 BGB. D ist Besitzer. Fraglich ist, ob E Eigentümer der Vase ist. E hat sein Eigentum nicht durch rechtsgeschäftliche Übertragung verloren (kein derivativer Erwerb). Auch der gutgläubige Erwerb eines Dritten müsste an § 935 Abs. 1 BGB scheitern. E könnte das Eigentum an der Sache, die für mehr als 30 Jahre ein anderer in Eigenbesitz hatte, durch Ersitzung verloren haben. § 937 Abs. 1 BGB bestimmt: „Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitz hat, erwirbt das Eigentum (Ersitzung)“. Den Tatbestand erfüllt D dreimal. Dennoch hat E sein Eigentum nicht verloren. In Abs. 2 des § 937 ist festgehalten: „Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist ...“. In gutem Glauben ist der Dieb allemal nicht.

Die anspruchsbegründenden Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB liegen vor. Steht diesem Anspruch als Gegenrecht die (ausgeübte) Einrede der Verjährung gegenüber mit der Folge, dass er zwar Eigentümer der Vase ist und bleibt, die Vase aber nie herausverlangen kann? Die Antwort lautet (vielleicht überraschenderweise?): „Ja!“ Auch der dingliche Anspruch aus § 985 BGB unterliegt der Verjährung. Es gilt die Verjährungsfrist des § 197 BGB von 30 Jahren. Die sind abgelaufen. E kann seinen (bestehenden!) Herausgabeanspruch nicht durchsetzen; D die Leistung verweigern. Es kommt zu einer dauernden Trennung von Eigentum und Besitz. Das Problem hatte schon der Gesetzgeber des ursprünglichen BGB gesehen und die angesprochene Lösung in Kauf genommen (Motive I, 293; Protokolle I, 197 ff.). Im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist die Verjährung des Eigentumsherausgabeanspruchs ausdrücklich geregelt.

Das Leistungsverweigerungsrecht macht § 214 Abs. 1 BGB von einer einzigen Voraussetzung abhängig: dem „Eintritt der Verjährung“. Diese Voraussetzung aber hat es in sich. Um sie auszufüllen, müssen verschiedene Fragenkomplexe bedacht werden:

- Wie lang ist die Verjährungsfrist für den in Frage stehenden Anspruch?
- Wann beginnt die Frist zu laufen?
- Ist der Lauf der Frist gehemmt worden?
- Ist der Lauf der Frist gar von Neuem in Gang gesetzt worden?
- Wie werden Fristen (Beginn und Ende) berechnet?

Diesen Fragen wollen wir uns jetzt zuwenden.

### *i. Verjährungsfrist*

Die regelmäßige Verjährungsfrist ist in § 195 BGB festgeschrieben und beträgt drei Jahre. Sie gilt dort, wo keine besondere Regelung eingreift. Besondere Regelungen (Spezialregelungen) können wir einmal dort finden, wo der fragliche Anspruch selber geregelt ist, aber auch dort, wo sich das BGB allgemein mit den Verjährungsfragen befasst: in den §§ 196 und 197 BGB.

Als Beispiele für Regelungen in Anspruchsnähe seien genannt die §§ 438 und 634a BGB. Nach § 438 BGB verjähren Gewährleistungsansprüche des Käufers bei Sachmängeln von Bauwerken in fünf Jahren und bei Sachmängeln aller anderen Sachen in zwei Jahren. Nach § 634a BGB verjähren Gewährleistungsansprüche des Bestellers von Werkleistungen bei beweglichen Sachen in zwei Jahren und bei einem Bauwerk in fünf Jahren.

Für die besonderen Regeln der §§ 196 und 197 BGB und die in ihnen angesprochenen Ansprüche darf ich auf den Gesetzestext verweisen.

*ii. Beginn der Verjährungsfrist*

Den regelmäßigen Verjährungsbeginn schreibt § 199 Abs. 1 BGB fest:

„Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem

1. der Anspruch entstanden ist, und
2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.“

Damit werden das Entstehen des Anspruchs (objektiver Anknüpfungspunkt) und die Kenntnis des Gläubigers (subjektiver Anknüpfungspunkt) zu Voraussetzungen für den Beginn der Verjährung erhoben. Der Beginn am Schluss des Jahres ist eine Besonderheit, die die Nervosität mancher Anwälte in der Silvesternacht erklärt. Denn spätestens in dieser Nacht müssten eventuell gerichtliche Schritte unternommen werden, um den Eintritt der Verjährung zu verhindern. Denn die regelmäßigen Verjährungsfristen laufen alle am 31.12. ab, es sei denn, dieser 31.12. falle auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag. Dann nämlich läuft die Frist erst am nächsten Werktag - frühestens am 2.1. des darauf folgenden Jahres - ab (§ 193 BGB). Dazu weiter unten!

Um nicht zu unverträglich langen Zeiträumen zu gelangen, werden in den Absätzen 2 bis 4 Regelungen darüber getroffen, wann Ansprüche auch ohne Kenntnis und grob fahrlässige Unkenntnis verjähren. In zehn bzw. spätestens dreißig Jahren soll Schluss, d.h. die Verjährung eingetreten, sein. Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung.

Geht es nicht um die regelmäßige Verjährungsfrist, so beginnt nach § 200 BGB die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs.

Aber auch diese Regelungen greifen nur ein, wenn nicht etwas Anderes bestimmt ist. Den Beginn der Verjährungsfrist bei den kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen legt § 438 Abs. 2 BGB für bewegliche Sachen auf die Ablieferung, für unbewegliche Sachen auf die Übergabe. Den Beginn der Verjährungsfrist bei den werkvertragsrechtlichen Gewährleistungsansprüchen legt § 634a Abs. 2 BGB für alle Werke auf die Abnahme des Werkes.

*iii. Hemmung, Ablaufhemmung und Neubeginn der Verjährung*

Die Verjährung wird durch Verhandlungen über den Anspruch (§ 203 BGB), durch die Vereinbarung eines Leistungsverweigerungsrechts (§ 205 BGB), durch höhere Gewalt (§ 206 BGB), durch familiäre Bande (§ 207) und (das ist der praktisch wichtigste Fall) durch gerichtliche Verfolgung des Anspruchs (beispielsweise durch Klageerhebung oder Zustellung eines Mahnbescheids) gehemmt (§ 204 BGB).

Die Rechtsfolge der Hemmung der Verjährung ist in § 209 BGB geregelt: „Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet.“ Anders ausgedrückt: Dieser Zeitraum wird der normalen Verjährungsfrist hinzugefügt.

Im früheren Recht hatte vor allem die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs eine weiter gehende Folge. Sie führte zur Unterbrechung der Verjährung, die § 217 BGB alter Fassung so beschrieb: „Wird die Verjährung unterbrochen, so kommt die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit nicht in Betracht; eine neue Verjährung kann erst nach Beendigung der Unterbrechung beginnen.“ In einfachem Deutsch ausgedrückt: Eine Unterbrechung ließ die Verjährungsfrist noch einmal ganz von vorn beginnen, wenn die Unterbrechung vorüber war.

Im neuen Recht gibt es den Unterbrechungstatbestand dem Namen nach nicht mehr. Das neue Recht spricht vom Neubeginn der Verjährung (§ 212 BGB) und sieht den Neubeginn nur ausnahmsweise für wenige Fallgestaltungen vor.

Der praktisch wichtigste Hemmungstatbestand ist in § 204 BGB angesprochen: die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs, sei es durch Klageerhebung (Abs. 1 Nr. 1), sei es durch Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren der ZPO (Abs. 1 Nr. 3). Und nun wird langsam deutlich, warum manche Anwälte in der Silvesternacht nervös werden. Es ist die Sorge darum, möglicherweise Hemmungshandlungen für Ansprüche, die in dieser Nacht vermehrt verjähren (§ 199 BGB), versäumt zu haben.

Doch warum gerade in dieser Nacht? Kommen die Hemmungshandlungen nicht ohnehin zu spät, wenn es anscheinend nicht auf die Einreichung der Klage oder des Mahngesuchs bei Gericht, sondern auf die Zustellung der Schriftstücke beim Schuldner ankommt? § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB nennt ausdrücklich die Zustellung des Mahnbescheids, und für die Klageerhebung gilt nichts anders, weil § 253 Abs. 1 ZPO bestimmt: „Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes (Klageschrift).“ Hier springt § 167 ZPO ein. Er legt fest, dass es für

die Verjährungsunterbrechung letztlich doch auf den Zeitpunkt der Einreichung bei Gericht ankommt, wenn die Zustellung demnächst erfolgt.

*iv. Fristberechnung*

Wie überhaupt Fristen berechnet werden, ist eine so allgemeine Frage, dass der Gesetzgeber des BGB für „die in Gesetzen, gerichtlichen Verfügungen und Rechtsgeschäften enthaltenen Frist- und Terminbestimmungen“ im Allgemeinen Teil des BGB, in den §§ 187 bis 193 BGB, Auslegungsvorschriften geregelt hat.

Eine Vorschrift, die sich mit dem **Fristende** an Sonn- und Feiertagen und an Samstagen befasst, haben wir mit § 193 BGB schon kennen gelernt. Den **Fristbeginn** spricht § 187 BGB an. Nach Abs. 1 wird der Tag, in den das Ereignis fällt, mit dem die Frist beginnt, bei der Berechnung der Frist **nicht** mitgerechnet. Wäre das das letzte Wort, würden alle Menschen die Volljährigkeit nicht an ihrem 18. Geburtstag, sondern erst einen Tag später erreichen. Denn erst an diesem Tag wären die 18 Jahre vergangen, an die § 2 BGB die Volljährigkeit knüpft. Doch es gibt noch § 187 Abs. 2 Satz 2 BGB. Für die Berechnung des Lebensjahres wird auch der Tag der Geburt mitgerechnet und zwar von 00.00 Uhr an, selbst wenn Sie sich bis 23.00 Uhr Zeit gelassen haben, diese Welt mit Ihrem Erscheinen zu beglücken. Sie werden tatsächlich (nein rechtlich) mit dem Beginn Ihres Geburtstags ein Jahr älter.

Ist es nicht beruhigend zu wissen, dass unsere Gepflogenheiten bei den Geburtstagsfeiern im Einklang mit den Zeitbestimmungen des BGB stehen?!

---

## *IV. Beweislast*

Die Beweislast ermöglicht es dem Juristen, auch dort zu entscheiden, wo der Sachverhalt zu rechtlich relevanten Voraussetzungen schweigt - das ist schon im Studium wichtig - oder der Sachverhalt sich trotz aller Aufklärungsbemühungen zu einer rechtlich relevanten Voraussetzung als unaufklärbar erweist - dieses Problem taucht erst später in der gerichtlichen Praxis auf. Für jede rechtlich relevante Voraussetzung gibt es eine Beweislastverteilung, die dem Beweisbelasteten das Risiko des Rechts- und Prozessverlustes zuweist. Im Strafrecht ist die Verteilungsregel relativ einfach. Es gibt eine Unschuldsvermutung, die der Staat widerlegen muss. Die Beweislast für eine Straftat trägt der Staat. Die Beweislastregel lautet: „Im Zweifel für den Angeklagten! In dubio pro reo!“

In anderen Rechtsgebieten und namentlich im Zivilrecht sieht die Sache komplizierter aus. Hier wird die Beweislast für die rechtlich relevanten Voraussetzungen unter den Beteiligten eines Streitverhältnisses verteilt. In dem einen Bereich trägt der Anspruchsteller die Beweislast, in dem anderen Bereich der Anspruchsgegner.

### Beweislast und Rechtsnormen

| Anspruchsteller     | Anspruchsgegner  |
|---------------------|--|
| Anspruchsbegründung | Nein   |
| Nein                | Gegenrechtsbegründung<br>Einwendung<br>Einrede<br>Gestaltungsrecht |
| Anspruchserhaltung  | Nein   |

Das Rechtsinstitut, dem wir Entscheidungsmöglichkeiten bei Informationslosigkeit über rechtlich relevante tatsächliche Voraussetzungen verdanken, ist die Beweislast. Sie heißt uns, etwas als nicht gegeben zu unterstellen, worüber wir keine Informationen haben. Sie wirkt sich zulasten desjenigen aus, auf den die Verteilungsregel die Beweislast fallen lässt. Das Ergebnis der Beweislastverteilung ist die Einteilung der rechtlich relevanten Voraussetzungen in anspruchsbegründende (anspruchserhaltende) und gegenrechtsbegründende (gegenrechtserhaltende) Voraussetzungen.

Machen wir uns das bisher Gesagte an einigen Beispielen klar.

#### Beispiel 1:

Der Sachverhalt enthält Informationen, die einen Kaufpreisanspruch des Anspruchstellers stützen. Über Zahlungen des Anspruchsgegners auf den Kaufpreisanspruch schweigt er.



Hier bekommt der Anspruchsteller den Anspruch zugesprochen. Die Erfüllung begründet ein Gegenrecht. Schweigt der Sachverhalt zu Erfüllungsvorgängen, so ist von der Nichterfüllung auszugehen.

Aus diesem Beispiel könnte man sich leicht zur Annahme einer Zeitregel verleiten lassen: Umstände, die zeitlich im Zusammenhang mit der Entstehung des Anspruchs stehen, fallen in die Beweislast des Anspruchstellers; Umstände die einen einmal entstandenen Anspruch später vernichten können, fallen in die Beweislast des Anspruchsgegners.

Diese Regel ist falsch. Das zeigt

**Beispiel 2:**

Der Sachverhalt enthält Informationen, die einen Kaufpreisanspruch des Anspruchstellers stützen. Über das Alter der Vertragspartner schweigt er.

Auch hier bekommt der Anspruchsteller den Anspruch zugesprochen, obwohl bei Minderjährigkeit eines der Vertragspartner der Vertrag nicht wirksam und der Anspruch nicht gegeben wäre und das Alter bei der Entstehung des Anspruchs eine Rolle spielt.

Auch die bei der Entstehung des Anspruchs rechtlich relevanten Voraussetzungen werden demnach offensichtlich in anspruchsbegründende und gegenrechtsbegründende Voraussetzungen aufgeteilt. Die zeitliche Abfolge allein trägt die Differenzierung nicht.

Wonach richtet sich aber dann die Beweislastverteilung?

Eine ungenaue Regel sagt, dass jeder die tatsächlichen Umstände der für ihn günstigen Voraussetzungen zu beweisen habe. Günstig ist für den Anspruchsteller die Nichterfüllung, für den Anspruchsgegner die Erfüllung; für den Anspruchsteller die Volljährigkeit der Vertragspartner, für den Anspruchsgegner die Minderjährigkeit wenigstens eines der Vertragspartner. Danach müsste jeder alles beweisen. So formuliert ist die Regel deshalb untauglich.

Schon besser wird es mit einer anderen Regel. Danach muss jeder die tatsächlichen Umstände der Voraussetzungen der Normen beweisen, die er auf den Fall angewendet wissen möchte. Diese Regel funktioniert im Minderjährigenfall ebenso wie im Erfüllungsfall. Der Anspruchsgegner möchte § 362 BGB bzw.

§§ 104 ff. BGB angewendet wissen. Also soll er die Nachteile daraus tragen, dass über diese Voraussetzungen der Sachverhalt schweigt.

Auch diese Regel trägt nicht in allen Fällen. Sie muss versagen, wenn die Voraussetzungen innerhalb ein- und desselben Satzes einer Norm in anspruchsbegründende und gegenrechtsbegründende einzuteilen sind. Und diese Fälle gibt es, wie das folgende Beispiel zeigt:

**Beispiel 3:** [ist dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zum Opfer gefallen]

Ich verwende dieses Beispiel, obwohl es seit dem 01. Januar 2002 nur noch von historischem Wert ist.

Der Sachverhalt enthält Informationen über die Begründung einer Leistungsverpflichtung und über den Untergang des Leistungsgegenstandes. Über die Umstände, unter denen der Leistungsgegenstand untergegangen ist, schweigt er. Der Gläubiger der ursprünglichen Leistungsschuld verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Der Schadensersatzanspruch war aus § 280 Abs. 1 BGB aF begründet, obwohl in dieser Norm das Vertretenmüssen als rechtlich relevanter Umstand erwähnt war. § 282 BGB aF legte die Beweislast dem Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung auf. Dies bedeutet, dass nicht das Vertretenmüssen des Schuldners eine anspruchsbegründende Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch des Gläubigers ist, sondern das Nichtvertretenmüssen des Schuldners ein Gegenrecht begründet, das die Entstehung des Schadensersatzanspruchs verhindert. Das Ergebnis hat sich auch im neuen Recht nicht geändert. Nur entnimmt man es jetzt einer einzigen Norm: § 280 Abs. 1 BGB, in der durch die Aufteilung in Sätze die geschilderte Beweislastverteilung angeordnet ist.

Es gibt auch jetzt noch Normen, in denen rechtlich relevante Voraussetzungen eines Satzes in der Beweislast unterschiedlich verteilt sind. Ein Beispiel ist § 111 Satz 2 BGB. Die Vorlage der schriftlichen Einwilligung muss derjenige beweisen, der auf die Wirksamkeit des einseitigen Rechtsgeschäfts setzt, die Zurückweisung derjenige, der auf die Unwirksamkeit des einseitigen Rechtsgeschäfts trotz Bestehen einer Einwilligung baut.

Wenn keine der Regeln in allen Fällen greift, so kann man doch einen für die praktische Entscheidung hilfreichen Regelsatz für die Beweislastverteilung formulieren:

1. Über die Beweislastverteilung entscheidet der Gesetzgeber. Das geschieht zum Teil ausdrücklich (wie in §§ 363, 345, 476, 619a BGB), zum Teil durch die systematische Anordnung der rechtlich relevanten Voraussetzungen (wie in §§ 280 Abs. 1 und § 831 Abs. 1 BGB durch die Trennung von Satz 1 und Satz 2).

2. Die zeitliche Aufeinanderfolge kann eine Faustregel für die Beweislastverteilung ergeben.

3. Im Grundsatz hat ein jeder die Voraussetzungen der Normen zu beweisen, die er angewendet wissen möchte.

### **Regelverfeinerung.**

Wenn wir das bisher gewonnene Bild verfeinern wollen, können wir die rechtlich für das Zusprechen oder Absprechen eines Anspruchs relevanten Voraussetzungen einteilen in

- anspruchsbegründende Voraussetzungen
- anspruchshindernde Voraussetzungen
- anspruchvernichtende Voraussetzungen
- anspruchshemmende Voraussetzungen
- anspruchserhaltende Voraussetzungen

Anspruchsbegründende Voraussetzungen lassen einen Anspruch entstehen. Anspruchshindernde Voraussetzungen verhindern das Entstehen eines Anspruchs. Anspruchvernichtende Voraussetzungen vernichten einen einmal entstandenen Anspruch. Anspruchshemmende Voraussetzungen nehmen einem einmal entstandenen Anspruch die Durchsetzbarkeit, ohne ihn zu vernichten. Und anspruchserhaltende Voraussetzungen nehmen den rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Voraussetzungen den zerstörerischen Einfluss auf den entstandenen Anspruch.

Materiellrechtlich begründen die anspruchshindernden und die anspruchvernichtenden Voraussetzungen Einwendungen, die anspruchshemmenden Voraussetzungen Einreden.

Jetzt fehlt uns noch ein Begriff aus der Grafik über die Beweislast: das Gestaltungsrecht. Seine Besonderheit liegt darin, dass es als solches den einmal entstandenen Anspruch unberührt lässt. Erst die Ausübung des Gestaltungsrechts zerstört das Recht, gegen welches das Gestaltungsrecht als Gegenrecht gerichtet ist. Die Ausübung will man dem Berechtigten überlassen, dem damit die Option

eröffnet wird, es bei dem entstandenen Anspruch (Vertrag) zu belassen oder ihn durch Ausübung des Gestaltungsrechts zu zerstören. Ein Beispiel dafür ist das Anfechtungsrecht nach §§ 119, 123 BGB. Wird es nicht ausgeübt, bleibt es bei dem Vertrag; wird es dagegen ausgeübt, wird das Rechtsgeschäft nach § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig angesehen. Das ausgeübte Gestaltungsrecht begründet eine Einwendung (rechtsvernichtend). Einige Gegenrechte sind damit ausübungsgebunden, andere nicht. Die anderen wirken ipso iure, automatisch oder von selbst. Um auch in dieser Hinsicht das Bild komplett zu machen: die Einwendungen wirken automatisch, die Einreden müssen wie die Gestaltungsrechte ausgeübt werden. Anders als die Gestaltungsrechte führen Einreden allerdings nicht zur Zerstörung des Rechts, sondern nehmen ihm nur seine Durchsetzbarkeit. Diese Wirkung wird als Anspruchshemmung bezeichnet.

---

## *V. Disziplinen und disziplinenübergreifende Wissensbereiche*

Die disziplinübergreifenden Wissensbereiche können wir in drei Kategorien erfassen: Begründungswissen, Informationswissen und Darstellungswissen.

Zäumen wir das Pferd von hinten auf, so umfasst das **Darstellungswissen** die Regeln für die Anfertigung von Referaten, Protokollen, Gutachten, Urteilen, Verfügungen und Beschlüssen. Im Zuge der Universitätsausbildung von besonderer Bedeutung ist die Darstellung einer Lösungsentwicklung in Form eines **Gutachtens**. Diese Form beherrscht die Hausarbeiten und Klausuren in den universitären Übungen wie im Ersten juristischen Staatsexamen. Das **Informationswissen** soll uns die Wege weisen, wie man an das **Basismaterial des Juristen** zur Bewältigung seiner Aufgaben herankommt: die Gesetze, die Rechtsprechung und die Literatur. Was aus der Flut des Basismaterials relevant ist für die Beantwortung einer juristischen Fallfrage und ob das Basismaterial überhaupt ausreicht, praktische juristische Fälle zu lösen, das erfährt man allein aus Überlegungen zum allgemeinen und zum speziell juristischen **Begründungswissen**.

Die rechtswissenschaftlichen Disziplinen, die uns in den Plänen für das Studium der Rechtswissenschaft ebenso wie in dem Fächerkatalog, den die verschiedenen Prüfungsordnungen vorgeben, entgegenreten, lassen sich danach unterscheiden, mit welchem Ziel man den jeweiligen Stoff angeht.

Die **Rechtsdogmatik** macht sich zur Aufgabe, Antworten auf das bereitzuhalten, was *hic et nunc* rechtens ist. Die Rechtsgeschichte betrachtet die Rechtsordnungen vergangener Zeiten und vermag so häufig Verbindungslinien zwischen früheren Rechtsordnungen und heute geltenden Rechtsordnungen verschiedener Staaten herzustellen: Das römische Recht ist die Mutter vieler europäischer Rechtsordnungen und damit vielleicht die Basis für die Zukunftsaufgabe der europäischen Privatrechtsangleichung! Die **Rechtsphilosophie** stellt vor allem die Frage nach dem richtigen Recht und seiner Begründbarkeit, die Frage nach der Gerechtigkeit. Sie ist das Fundament allen Rechts, das auf die Verwirklichung der Rechtsidee (= Gerechtigkeit) zustrebt. Die **Rechtstheorie** leistet vor allem Strukturanalysen über Normen und Argumentationen. In der Begründungslehre geht sie eine Verbindung mit der Rechtsphilosophie ein. Die **Rechtsinformatik** befasst sich mit den Einsatzmöglichkeiten der EDV im Recht, nicht etwa mit den Rechtsfragen, die die EDV aufwirft. Die **Rechtssoziologie** betrachtet das Recht unter einem empirisch-theoretischen Standpunkt. Stärker empirisch ausgerichtete Analysen nennt man Rechtstatsachenforschung. Sie können etwa Zusammenhänge zwischen Kriminalität und Sozialisation oder Richterherkunft und Entscheidungsinhalten versuchen herzustellen.

Unsere Bemühungen haben ihren Schwerpunkt im geltenden Recht. Für dieses gewinnt eine weitere Gliederung Bedeutung: die Einteilung des Rechts in Rechtsgebiete. Schaut man sich den Studienplan für das Studium der Rechtswissenschaft unter diesem Gesichtspunkt an, so scheint das geltende Recht in drei Bereiche geteilt: das Bürgerliche Recht, das Öffentliche Recht und das Strafrecht. In diesen Bereichen muss man Scheine erwerben, um überhaupt zum Ersten Staatsexamen zugelassen zu werden.

Noch grundlegender ist eine andere Differenzierung, die nach privatem und öffentlichem Recht. An sie knüpft eine Rechtsgebietseinteilung an, die ganz verschiedene Funktionen erfüllt. Einmal dient sie der leichteren Orientierung in der Flut von Normen, Entscheidungen und literarischen Stellungnahmen, die für eine rechtliche Beurteilung relevant werden können. Zum anderen haben sich für die verschiedenen Bereiche unterschiedliche Rechtsprinzipien herausgebildet, die vor allem eine Orientierung in solchen Problemlagen ermöglichen sollen, in denen die Gesetze die Antwort schuldig bleiben. Und schließlich ist unser Gerichtswesen in großem Umfang sachlich an der Rechtsgebietseinteilung ausgerichtet. So bestimmt etwa § 13 GVG:

„Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder auf Grund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.“

Und § 40 Abs. 1 VwGO lautet:

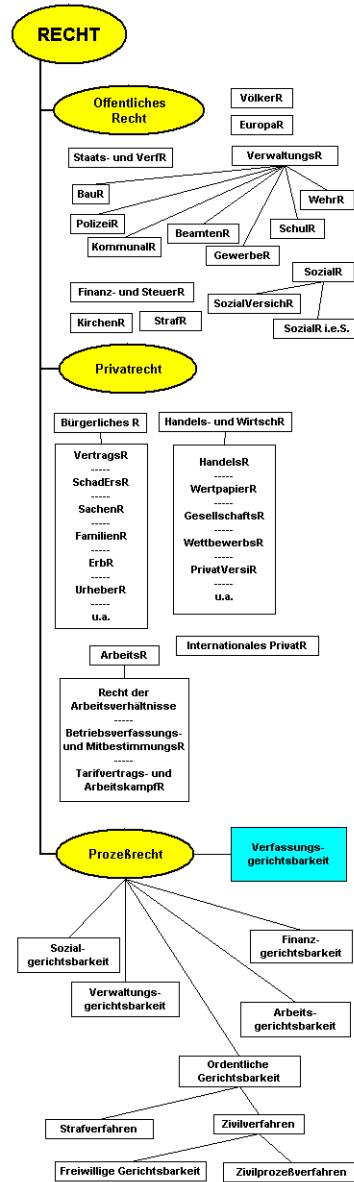
„Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesrecht einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind ....“

---

## *VI. Rechtsgebiete und -fachrichtungen*

Wir betrachten zunächst ein Schaubild!

Einen Überblick über die Rechtsgebietseinteilung gewährt das folgende Schaubild.



## Übersicht über die Rechtsgebiete

Eine zentrale Differenzierung ist die des Privatrechts (bürgerlichen Rechts) und des öffentlichen Rechts.

Ob eine Frage bürgerlichrechtlicher (zivilrechtlicher, privatrechtlicher) oder öffentlichrechtlicher Natur ist, kann man in einem ersten Zugriff danach entscheiden, ob Verhältnisse der Gleichordnung zwischen in der Regel Privatpersonen oder aber Verhältnisse der Über- und Unterordnung mit notwendiger Beteiligung einer Hoheitsaufgaben wahrnehmenden staatlichen Institution angesprochen sind. Der Steuerbescheid, die Baugenehmigung, die Immatrikulation, die Beamtenernennung, die Abbruchverfügung sind danach sicher dem öffentlichen Recht zugehörig. Der Kaufvertrag über ein KFZ, die Miete einer Wohnung, die Gründung eines Sportvereins, der Abschluss eines Arbeitsvertrages (auch mit einer Behörde) gehören sicher dem Privatrecht an. Das letzte Beispiel zeigt schon, dass staatliche Stellen sich auch auf die Ebene der Ordnung des Privatrechts begeben können. Der Materialeinkauf der Universität gehört ebenso dazu wie der Erwerb von U-Booten durch das Verteidigungsministerium. Der erste Zugriff ist aber noch nicht die endgültige Entscheidung. Auch im Privatrecht mag es das Verhältnis der Über- und Unterordnung geben, wenn etwa Eltern über die Erziehung ihrer Kinder bestimmen.

Andererseits tritt der Staat auch im öffentlichrechtlichen Bereich nicht nur als Befehlsaussteiler auf. Er gewährt Renten, Beihilfen, Subventionen. Zum Teil bedient er sich dabei auch der Form des Vertrages, sodass die Form allein nicht darüber entscheidet, ob ein Rechtsverhältnis dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht angehört.

Das Schaubild führt als eigene Abteilung das Prozessrecht an, das, da die Gerichte Teile der Staatsgewalt sind, dem öffentlichen Recht zugerechnet wird. Das Prozessrecht dient der Durchsetzung und Bewahrung des materiellen Rechts im Streitfalle. Man kann es in das Erkenntnisverfahren und das Vollstreckungsverfahren unterteilen. Im Erkenntnisverfahren wird das Recht verbindlich festgestellt; im Vollstreckungsverfahren wird das Recht mit staatlicher Zwangsgewalt durchgesetzt.

In der Abteilung Privatrecht taucht auch das Internationale Privatrecht auf. Dazu möchte ich noch das Folgende anmerken. Das Internationale Privatrecht ist entgegen seinem Namen erstens nicht internationales, sondern nationales (heute zu einem wesentlichen Teil supranationales europäisches Recht, und zweitens nicht



Privatrecht, sondern Kollisionsrecht, das über die Anwendung eines von mehreren nationalen Privatrechten entscheidet. Seine Entscheidung kann dahin gehen, dass die deutschen Gerichte nach dem deutschen bzw. europäischen Kollisionsrecht ausländisches Privatrecht anwenden müssen (zum verfahrensmäßigen Umgang mit dem ausländischen Recht, das der deutsche Richter nicht kennen muss, vgl. § 293 ZPO). Dabei gilt es allerdings immer, den deutschen *ordre public* zu wahren, was bis vor kurzer Zeit Forderungen aus Börsentermingeschäften in Deutschland undurchsetzbar machte, auch wenn sie nach einer ausländischen (in der Regel der englischen) Rechtsordnung wirksam begründet waren. Die Kollisionsregeln findet man im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) und für vertragliche Schuldverhältnisse in der europäischen Rom-I-Verordnung sowie für außervertragliche Schuldverhältnisse in der europäischen Rom-II-Verordnung.

Obwohl das Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896 als das privatrechtliche Grundgesetz angesehen werden kann, das Regeln für fast alle Rechtsverhältnisse der Bürger untereinander enthält: für Verträge, für Schadensersatz, für Rechte an Sachen, für familiäre Beziehungen, für das Schicksal des Vermögens nach dem Tode des Vermögensträgers, ist es doch nicht das einzige Gesetz, das für die Rechtsverhältnisse der Bürger untereinander einschlägig wäre. Außerhalb des BGB sind vor allem solche Gesetze entwickelt worden, deren Grundgedanken das BGB allenfalls bedingt Rechnung getragen hat. Es handelt sich einmal um Gesetze zum Schutz des Verbrauchers wie das Verbraucherkreditgesetz vom 17.12.1990, das das vormalige Abzahlungsgesetz vom 16. Mai 1894 abgelöst hat, das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976, das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften vom 16. Januar 1986 und zum anderen um Haftungsregelungen, die eine Schadensersatzverpflichtung ohne Verschulden (sog. Gefährdungshaftung) anordnen, wie das Straßenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1952 für Kraftfahrzeughalter, das Produkthaftungsgesetz vom 15. Dezember 1989 für den Hersteller von Produkten und viele Gesetze mehr.

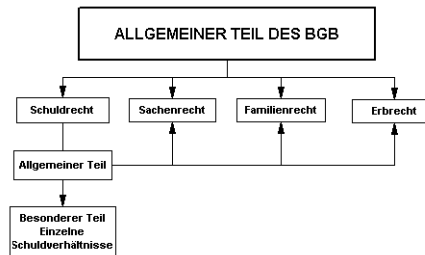
Mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz haben vor allem die Verbraucherschutzgesetze Einzug in das BGB gehalten, während die Gefährdungshaftungstatbestände weiterhin in Sondergesetzen geregelt sind.

## VII. Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) im Überblick

Das Bürgerliche Gesetzbuch als das Grundgesetz des Privatrechts ist reichlich kompliziert gebaut und zudem in einer Sprache verfasst, die zwar den Juristen durch begriffliche Klarheit besticht, die aber den Bürger kaum zu einer Feierabendlektüre über sein Recht einlädt. Es hat fünf Bücher: den Allgemeinen Teil, das Schuldrecht, das Sachenrecht, das Familienrecht und das Erbrecht.

### 1. Der Aufbau des BGB

In seinem Aufbau sucht das Gesetz soweit wie möglich den Weg zum Allgemeinen und Grundsätzlichen. So stellt es den Einzelregelungen des Wirtschafts-, Vermögens-, Familien- und Erbrechts im 2. bis 5. Buch einen Allgemeinen Teil voraus.



Der Allgemeine Teil soll bestimmte Regeln vor die Klammer ziehen, die häufiger auftretende Sachprobleme betreffen, z. B. die Rechtsfolgen eines Irrtums bei der Abgabe einer bindenden Erklärung (§§ 119 ff. BGB) oder die Voraussetzungen der Stellvertretung bei der Vornahme einer rechtlich bedeutsamen Handlung (§§ 164 ff. BGB). Zu diesen allgemeinen Regeln gehören Vorschriften über die im Bürgerlichen Recht handelnden Personen, die in natürliche Personen und juristische Personen aufgeteilt werden. Hinzu kommen einige allgemeine Rechtssätze über Sachen, d.h. die körperlichen Gegenstände, an welchen Rechte begründet werden können. Vor allem enthält der Allgemeine Teil Regeln über die Rechtsgeschäfte, d.h. auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtete Erklärungen zur Ordnung der privaten Rechtsverhältnisse. Der häufigste Anwendungsfall solcher Rechtsgeschäfte ist der Vertrag, welcher das bei weitem wichtigste Mittel darstellt, um die eigenen Angelegenheiten zu ordnen. Vorschriften über die Eigenart bestimmter Verträge bilden einen wesentlichen Teil

der übrigen Bücher des Bürgerlichen Gesetzbuchs, sei es im Schuldrecht (z. B. Kauf oder Miete), im Sachenrecht (z. B. Übereignung von Grundstücken durch Auflassung und Eintragung ins Grundbuch), im Familienrecht (z. B. Eheverträge zur Vereinbarung eines bestimmten Güterstandes oder Unterhaltsverträge zur Regelung der Unterhaltspflicht nach einer Ehescheidung) oder im Erbrecht (z. B. Erbvertrag oder Erbverzichtsvertrag).

Das Streben nach allgemeinen Regeln, die dann fallweise modifiziert werden müssen, liegt dem Aufbau des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch sonst zugrunde. So wird das dem Schuldrecht gewidmete zweite Buch wiederum durch einen recht umfangreichen Allgemeinen Teil (§§ 241 bis 432 BGB) eingeleitet. Erst im letzten Abschnitt stellt das Gesetz besondere Vorschriften für die jeweiligen Lebenssachverhalte auf, für welche der Laie eine Orientierung erwartet, wie etwa das Mietverhältnis oder das Arbeitsverhältnis. Diese konkreten Bestimmungen sind dann jeweils um die passenden Regeln aus dem Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs und aus dem Allgemeinen Teil des Schuldrechts zu ergänzen. Die Notwendigkeit, Normengruppen aus verschiedenen Abschnitten des Gesetzes zur Lösung eines Einzelfalles miteinander zu kombinieren, stellt eines der Hauptprobleme bei der Einarbeitung in das Zivilrecht dar. Wir werden das später an einem kleinen Beispielfall demonstrieren. Zuvor wollen wir einen Überblick über die beiden Bücher des BGB geben, die uns in dieser Einführung nicht weiter beschäftigen werden: das Familienrecht und das Erbrecht.

## **2. Das Familienrecht**

Verhältnismäßig einfach zu erfassen ist der Anwendungsbereich des Familienrechts, das in den §§ 1297 bis 1921 BGB geregelt ist. Gegenstand seiner Vorschriften ist die Familie im weitesten Sinne, also die Rechtsbeziehungen aus Ehe, Kindschaft und Verwandtschaft. Hinzu kommt die Regelung der Vormundschaft über Minderjährige, der Pflegschaft und der Betreuung, die z.T. auf eine Kontrolle, z.T. aber auch auf eine Ersetzung der Familie hinauslaufen.

Teil des Familienrechts ist zunächst das Eherecht. Die Eingehung der Ehe und ihre Voraussetzungen waren früher im Ehegesetz vom 20.2.1946 und nicht im BGB geregelt. Seit dem 1. Juli 1998 sind die Vorschriften des Ehegesetzes in das BGB eingegliedert. Nach § 1310 BGB kommt eine Ehe nur zustande, wenn sie vor einem Standesbeamten geschlossen wird (Prinzip der obligatorischen Zivilehe). Eine nur kirchliche Trauung wäre also als solche nicht ausreichend. Wenn sie allerdings im Ausland vorgenommen wird, mag etwas anderes gelten. Das hängt u.a. auch von den Vorschriften des Internationalen Privatrechts ab.

Die persönlichen Konsequenzen der Eheschließung sind in den §§ 1353 ff. BGB geregelt. Die Eheleute schulden sich gegenseitig Unterhalt (§§ 1360 f. BGB). Über die Haushaltsführung entscheiden sie im gegenseitigen Einvernehmen (§ 1356 BGB). Nach § 1357 BGB ist jeder Ehegatte berechtigt, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie auch für den anderen Ehegatten zu besorgen. Die Vermögensbeziehungen der Ehegatten regelt vor allem das eheliche Güterrecht. Schließen die Ehegatten keinen (notariell zu beurkundenden) Ehevertrag, so gilt als gesetzlicher Güterstand die sog. Zugewinnngemeinschaft (§§ 1363 ff. BGB). Bei ihr bleibt jeder Ehegatte Inhaber seiner in die Ehe eingebrachten oder während der Ehe erworbenen Vermögenswerte. Wird die Ehe aufgelöst, so wird Bilanz gezogen: Der Ehegatte, der im Verlauf der Ehe einen größeren Vermögenszuwachs erwirtschaftet hat als der andere, muss diesem die Hälfte des Überschusses herausgeben. Bei Beendigung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten wird der Zugewinnausgleich durch eine pauschale Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten abgegolten (§ 1371 BGB).

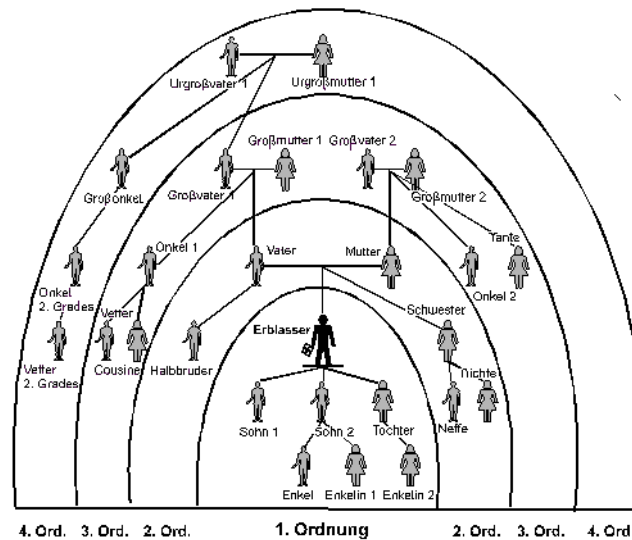
Auch die Ehescheidung ist seit 1977 wieder im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst geregelt (§§ 1564 ff. BGB). Im Gegensatz zum früheren Recht ist sie nicht mehr an schuldhaftes Fehlverhalten eines Ehegatten geknüpft. Voraussetzung ist lediglich, dass die Ehe objektiv gescheitert ist (sogenanntes Zerrüttungsprinzip, § 1565 BGB). Dies wird vom Gesetz vermutet, wenn die Ehepartner seit einem Jahr getrennt leben und sich über die Scheidung einig sind. Leben sie seit drei Jahren getrennt, so kann die Scheidung auch gegen den Widerspruch des anderen Teils beantragt werden, selbst wenn dieser an der Trennung vollkommen schuldlos ist (§ 1566 BGB).

In vielen Fällen bleibt eine Unterhaltspflicht gegenüber dem geschiedenen Ehegatten bestehen (vgl. §§ 1569 ff. BGB). In Anlehnung an den Gedanken des Zugewinnausgleichs sieht das Gesetz über den Versorgungsausgleich unabhängig von dem in der Ehe geltenden Güterstand einen Versorgungsausgleich zwischen den geschiedenen Ehegatten vor (§ 1587 BGB). Damit soll dem Ehegatten geholfen werden, der während der Ehe keine ausreichende eigene Altersversorgung aufbauen konnte, vor allem also der Ehefrau, die den Haushalt geführt und die Kinder betreut hat. Der allein erwerbstätige Ehemann muss ihr einen entsprechenden Teil seiner Versorgungsansparungen übertragen. Die Notwendigkeit des Versorgungsausgleichs führt zu einer erheblichen Komplizierung und Verlängerung der Scheidungsverfahren. Zum Teil lassen sich die komplexen Berechnungen sinnvoll nur mit Computer-Unterstützung durchführen.

Das Kindschaftsrecht hat die nichtehelichen Kinder früher diskriminiert. Das nichteheliche Kind galt als mit seinem biologischen Vater nicht verwandt. Dem ist man vor einigen Jahren mit einer Regelung entgegen getreten, die auf dem Prinzip möglichst weitgehender Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern beruhte. Seit dem 1. Juli 1998 sind sie völlig gleichgestellt. Das Recht und die Pflicht der elterlichen Sorge steht bei minderjährigen Kindern grundsätzlich beiden Eltern gemeinsam zu; es umfasst die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes (§ 1626 BGB) sowie seine gesetzliche Vertretung (§ 1629 BGB). Zur Personensorge gehört die Sorge für das leibliche Wohl des Kindes, seine Erziehung, seine Beaufsichtigung, die Bestimmung seines Aufenthalts und seines Umgangs mit anderen. Leben Eltern, denen die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, nicht nur vorübergehend getrennt, so kann jeder Elternteil beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt (§ 1671 BGB).

### **3. Das Erbrecht**

Aufgabe des im 5. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs enthaltenen Erbrechts (§§ 1922-2385 BGB) ist die Regelung der Vermögensverhältnisse eines Verstorbenen, des sog. Erblassers. Das Erbrecht bestimmt über die Verteilung des Nachlasses und die Haftung für die Schulden des Erblassers. Diesem steht es grundsätzlich frei, seinen oder seine Erben selbst auszuwählen (Grundsatz der Testierfreiheit). Hat er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht, so greift subsidiär die sog. gesetzliche Erbfolge ein (§§ 1924 ff. BGB). Mit dieser hält das Zivilrecht eine Normalordnung für die Nachlassabwicklung bereit, die in erster Linie auf den Grad der familiären Beziehungen zum Erblasser abgestellt ist. Als gesetzliche Erben kommen dabei in Betracht: Verwandte des Erblasser im weitesten Sinn, der überlebende Ehegatte und hilfsweise der Staat. Unter den Verwandten stellt das Gesetz eine Rangordnung auf der Grundlage des sogenannten Parentelsystems auf.



Die Parentelen - das Gesetz spricht von Ordnungen - werden von den Vorfahren einer bestimmten Abstammungsstufe (Eltern, Großeltern, Urgroßeltern usw.) samt ihren Nachkommen gebildet. Dabei schließt die dem Erblasser nähere Parentel die Angehörigen aller entfernteren Ordnungen von der gesetzlichen Erbfolge aus (§ 1930 BGB). Die erste Parentel stellt auf den Erblasser selbst ab und umschließt alle seine Abkömmlinge (§ 1924 BGB). Die zweite Parentel wird durch die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge (also insbesondere auch durch die Geschwister des Erblassers) gebildet (§ 1925 BGB), die dritte Parentel durch die Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge (§ 1926 BGB) usw. Auch innerhalb der einzelnen Erbordnungen gilt eine bestimmte Rangfolge. So schließen z.B. die noch lebenden Kinder des Erblassers ihre eigenen Kinder, d.h. die Enkelkinder des Erblassers, von der Erbfolge aus (§ 1924 Abs. 2 BGB).

Das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten hängt in seinem Umfang davon ab, ob er neben Verwandten der ersten Ordnung oder neben Verwandten der zweiten oder einer ferneren Ordnung zum Zuge kommt (§ 1931 BGB). Im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft erhöht sich seine Erbquote um ein Viertel (§ 1931 Abs. 3 i.V.m. § 1371 BGB). Neben den aus der Ehe hervorgegangenen Kindern erhält der überlebende Ehegatte also regelmäßig die Hälfte des Nachlasses.

Der Staat wird nur dann gesetzlicher Erbe, wenn weder ein Verwandter noch ein Ehegatte des Erblassers vorhanden ist. Für die wirtschaftliche Beteiligung des Staates am Nachlass sorgt jedoch eine z.T. recht kräftige Erbschaftssteuer.

Will der Erblasser eine von der gesetzlichen Erbfolge abweichende Regelung treffen, so kann er ein Testament errichten. Die einfachste Form dafür ist die des sog. eigenhändigen Testaments (§ 2247 BGB). Dabei muss der Erblasser den gesamten Inhalt des Testaments eigenhändig (also nicht etwa auf der Schreibmaschine) schreiben und am Ende eigenhändig unterschreiben. Auch Datum und Ort der Errichtung sollen angegeben werden. Eine besondere Aufbewahrung des eigenhändigen Testaments ist nicht vorgeschrieben. Um sicherzustellen, dass es im Erbfall auch tatsächlich aufgefunden wird, kann es aber beim zuständigen Amtsgericht in amtliche Verwahrung gegeben werden (§ 2248 BGB). Welche Personen in welchem Umfang zu Erben eingesetzt werden sollen, kann der Erblasser frei entscheiden. Seine Abkömmlinge, seine Eltern und sein Ehegatte haben jedoch ein Pflichtteilsrecht, das aus der Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils besteht (§ 2303 BGB).

Selbstverständlich zwingt das Erbrecht die Erben nicht zu ihrem Glück. Zwar geht die Erbschaft mit dem Ableben des Erblassers auf sie über, ohne dass sie dabei mitwirken müssen und ohne dass sie davon überhaupt Kenntnis erlangen müssen. Sie können die Erbschaft jedoch durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht binnen einer Frist von sechs Wochen ausschlagen (§§ 1942 ff. BGB). Eine solche Ausschlagung empfiehlt sich insbesondere dann, wenn der Nachlass überschuldet ist. Da der Erbe für die Verbindlichkeiten des Erblassers haftet (§ 1967 BGB), kann sich die Erbschaft sonst für ihn u.U. als eine gefährliche Zuwendung erweisen.

---

## *VIII. Eine kleine Normenkunde*

### **1. Sozialnormen und Rechtsnormen**

Normen sind:

- vom Berechtigten aus betrachtet: kontrafaktisch stabilisierte Erwartungen,
- vom Betroffenen aus betrachtet: sanktionsbeladene Verhaltenserwartungen anderer.

Rechtsnormen stellen Verbote, Gebote und Erlaubnisse für menschliches Verhalten auf. Sie gehören zu den Sozialnormen, schöpfen aber nicht den Bereich der Sozialnormen aus. Das zeigen die Normen der Sitte (Umgangsformen) und die Normen der Moral. Ausgrenzen lassen sich die Rechtsnormen aus dem Bereich der Sozialnormen durch die besondere Art der Sanktion, die für die Durchsetzung der Rechtsnormen sorgt: die Ausübung von Zwang mit Hilfe des staatlichen Gewaltpotentials.

Die deontische Qualität der Normen, ihr Sollenscharakter, führt zu gegenüber rein beschreibenden Sätzen und Aussagen besonderen Begründungsproblemen, die ein zentrales Problem der Rechtsphilosophie darstellen.

## **2. Systematik der Rechtsnormen (Grundbegriffe zum Recht)**

### *a. Allgemeine Norm und Einzelfallregel*

Die Einzelfallregel ist regelmäßig das Ergebnis des Entscheidungsverfahrens eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde. Sie enthält ein Verbot, ein Gebot oder eine Erlaubnis für eine bestimmte Person in einer bestimmten Lage. Die allgemeine Norm enthält dagegen eine Regel für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen und eine unbestimmte Vielzahl von Personen. Sie dient regelmäßig zur Rechtfertigung der in einem bestimmten Verfahren gesetzten Einzelfallregel.

### *b. Positives Recht und (überpositives) Naturrecht*

Diese Unterscheidung spricht einmal die unterschiedliche Herkunft und zum anderen die unterschiedliche Stellung von Normen in der Normenhierarchie an. Das positive Recht ist das „gesetzte“ Recht, das Naturrecht das mit der Ordnung der Natur (Schöpferakt Gottes?) „überkommene“ Recht. Dabei soll nach den Naturrechtslehren der Gesetzgeber des positiven Rechts an die Grundsätze des Naturrechts gebunden sein. Naturrechtswidrige Gesetze wären danach nichtig.

Naturrechtsauffassungen erfuhren eine Wiederbelebung im Deutschland der Nachkriegszeit - angesichts der menschenverachtenden Gesetzgebung (Rassengesetze) des Dritten Reichs nur allzu verständlich. Das rechts- und staatsphilosophische Problem seiner Geltung gegen das positive Recht ist in der geltenden Rechts- und Verfassungsordnung dadurch entschärft, dass viele „Naturrechtssätze“ Eingang in die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, das Grundgesetz (GG), gefunden haben und die Gesetzgebung an die Verfassung gebunden ist (Art. 1 Abs. 3 GG). Für die rechtliche Bewältigung der Schüsse an



der innerdeutschen Grenze hat die Rechtsprechung aber auch in jüngster Zeit noch einmal auf Naturrechtserwägungen zurückgegriffen. Dies hat das Bundesverfassungsgericht gebilligt.

*c. Positives Recht und Gewohnheitsrecht*

Diese Gegenüberstellung spricht unterschiedliche Quellen von Rechtssätzen an. Das positive Recht ist das in einem Rechtsetzungsverfahren gesetzte Recht; das Gewohnheitsrecht ist das in der historischen Entwicklung gewordene Recht, das auf ständiger Übung und gemeinsamer Rechtsüberzeugung beruht. Gewohnheitsrecht ist das historisch ältere Recht. Es nimmt heute lediglich einen kleinen Teil des geltenden Rechts ein. Die Komplexität, Wandelbarkeit und Vielschichtigkeit des Lebens mit und nach der industriellen Revolution lässt kaum Raum für die Rechtsentstehung durch langjährige, von gemeinsamer Rechtsüberzeugung getragene Übung. Ausgeschlossen ist aber auch heute die Entstehung von Gewohnheitsrecht nicht. Es steht im Range dem gesetzten Recht gleich und kommt namentlich dort in Betracht, wo der Gesetzgeber versagt und richterrechtliche Rechtsbildungen zu Gewohnheitsrecht erstarken. So könnte man heute die entgegen § 253 BGB gewährten Schmerzensgelder für Persönlichkeitsrechtsverletzungen als zu Gewohnheitsrecht erstarkt ansehen und müsste sich dann nicht mehr um die Begründungsdefizite im Gesetzesrecht scheren. Gewohnheitsrechtlich gegründet war die positive Vertragsverletzung, die die Leistungsstörungenregeln des BGB ergänzt. Mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zog die positive Vertragsverletzung als positives Recht in das BGB ein. So kann sich der Status eines Rechtsinstituts ändern: von der Analogie zu Vorschriften des gesetzten Rechts über das Gewohnheitsrecht zum ausdrücklich gesetzten Recht.

*d. Materielles Gesetz und formelles Gesetz*

Materielles Gesetz (besser: Gesetz im materiellen Sinne) sind alle (allgemeinen) Rechtsnormen, unabhängig von ihrem Urheber; damit auch Verordnungen aus dem Bereich der Exekutive (vgl. Art. 80 GG). Formelles Gesetz sind allein die Entscheidungen, die dem förmlichen Gesetzgebungsverfahren der Legislative entstammen. Das können auch Entscheidungen sein, denen die Eigenschaft, materielles Gesetz zu sein, nicht zukommt (der im Gesetzgebungsverfahren verabschiedete Haushalt des Staates).

### *e. Materielles Recht und formelles Recht*

„Recht-haben“ und „Recht-bekommen“ sind zweierlei. Das „Recht-haben“ ist Gegenstand des materiellen Rechts, das „Recht-bekommen“ Gegenstand des formellen Rechts. Damit befassen wir uns in der „Rechtsdurchsetzung“.

### *f. Verfassungsrecht und einfaches Recht*

Mit dieser Unterscheidung wird eine Normenhierarchie, ein Normrangverhältnis angesprochen. Die Verfassung geht den einfachen Gesetzen vor. Einfache Gesetze, die gegen die Verfassung verstoßen, sind nichtig. Das darf und muss jeder Richter, der eine Norm einfachen Rechts anwendet, prüfen. Das Recht zur Verwerfung ist allerdings dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten. Der Richter, der ein von ihm anzuwendendes Gesetz für verfassungswidrig hält, muss die Verfassungswidrigkeit in einem Vorlagebeschluss feststellen und die Frage dem Verfassungsgericht zur Entscheidung vorlegen (Art. 100 GG lesen!).

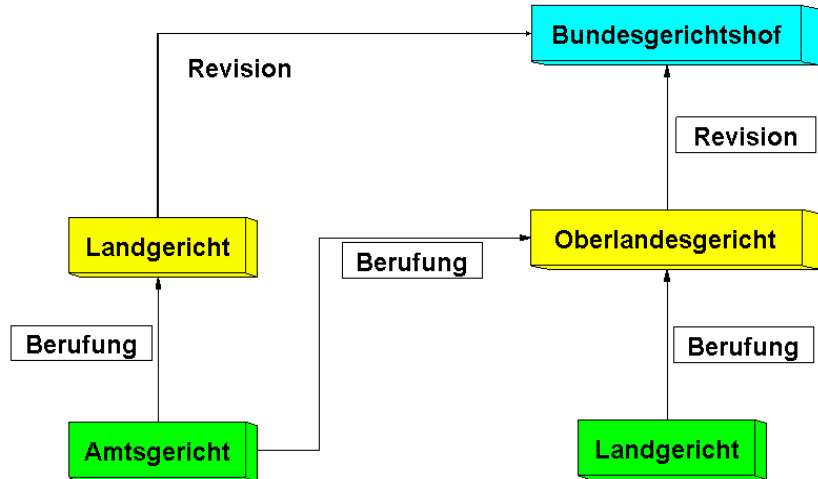
### *g. Richterrecht*

Das sind die Rechtsregeln, die man zur Begründung einer Entscheidung benötigt, aber im Gesetz nicht findet: Auslegungen des Gesetzes, Ersatzordnungen bei gesetzgeberischem Versagen (Arbeitskampfrecht), Ausfüllungen von Generalklauseln (z.B. Aufstellung von Regeln ordentlichen Verhaltens im Wettbewerb im Rahmen von § 3 UWG). Zu einer problematischen Kategorie wird das Richterrecht, wenn es sich gegen das vom Gesetzgeber gesetzte Recht wendet.

Richterrecht findet sich in gerichtlichen Entscheidungen. Die sind um so mehr wert, je höher die entscheidende Instanz angesiedelt ist.

Die Zivilgerichtsbarkeit gehört zur ordentlichen Gerichtsbarkeit. Die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind die Amtsgerichte, die Landgerichte, die Oberlandesgerichte (in Berlin das Kammergericht) und der Bundesgerichtshof. In Bayern gab es zusätzlich zu den Oberlandesgerichten (und nicht mit diesem zu verwechseln) noch das Bayerische Oberste Landesgericht. Dieses ist im Jahre 2005 abgeschafft worden. Die Gerichte, die erstinstanzlich mit Klagen befasst werden, nennt man Eingangsgerichte. Die anderen Gerichte sind dann Rechtsmittelgerichte, die in Urteilsverfahren mit den Rechtsmitteln der Berufung oder der Revision gegen Urteile der Instanzgerichte angerufen werden können. Dabei kann der Rechtsmittelweg (Instanzenzug) ganz unterschiedlich verlaufen. Im folgenden Bild

sind die Wege für das Urteilsverfahren in der streitigen Zivilgerichtsbarkeit festgehalten:



### *h. Objektives Recht und subjektives Recht*

Objektives Recht sind die Rechtsregeln in ihrer Gesamtheit. Subjektive Rechte sind die Befugnisse, die das objektive Recht einem Rechtssubjekt verleiht: z.B. das absolut wirkende Eigentumsrecht (§ 903 BGB), aber auch ein bloß relativ wirkendes Forderungsrecht.

### **3. Die Normgeltung**

Die Frage der Normgeltung stellt sich unterschiedlich, je nachdem, welcher Gattung (Quelle) die in Erwägung gezogene Norm angehört. Geht es um Gesetzesrecht, so muss die Norm formell ordnungsgemäß vom zuständigen Gesetzgeber in Kraft gesetzt worden sein und darf nicht höherrangigem Recht widersprechen. Geht es um Verordnungsrecht, so muss die Norm nicht nur von der zuständigen Stelle herrühren, sondern überdies eine den Anforderungen des Art. 80 GG genügende gesetzliche Grundlage haben. Geht es um eine Norm des Gewohnheitsrechts, so muss die ständige Übung auf der Grundlage einer

gemeinsamen Rechtsüberzeugung belegt werden können. Geht es um eine Norm des Richterrechts, müssen die Begründungsmöglichkeiten und die Grenzen richterrechtlicher Rechtsfortbildungen beachtet sein.

### *a. Normenkonflikte*

Bei der Ermittlung der für eine Falllösung einschlägigen Normen kann es zu Normenkonflikten kommen. Die Normenkonflikte sind dadurch gekennzeichnet, dass von ihren Anwendungsvoraussetzungen her mehrere Normen anwendbar erscheinen, die jedoch zu abweichenden Ergebnissen führen. Für die Bewältigung solcher Normenkonflikte muss es Konkurrenz- und Verdrängungsregeln geben. Die Juristen kennen solche Verdrängungsregeln für die Normenhierarchie, die Zeitordnung und die Spezialitätsordnung. Die entsprechenden Regeln lauten:

- Eine höherrangige Norm verdrängt solche Normen, die in der Normenhierarchie unter ihr stehen (*lex superior derogat legi inferiori*).
- Die zeitlich jüngere Norm geht der zeitlich älteren Norm vor (*lex posterior derogat legi priori*),
- Die speziellere Norm verdrängt die allgemeinere Regelung (*lex specialis derogat legi generali*).

### **Ein zivilrechtliches Beispiel für die Spezialitätsregel**

Betrachten wir ein zivilrechtliches Beispiel für die Spezialitätsregel!

V besitzt seit Jahren voller Stolz einen, wie er meint, echten Rubens. Als er in Geldnöte kommt, entschließt er sich schweren Herzens, den Rubens zu versilbern. Er verkauft ihn an K für €100.000. Nun ist K stolzer Besitzer (und Eigentümer) eines vermeintlich echten Rubens. Er wird aus seinen Träumen gerissen, als er zweieinhalb Jahre nach der Übernahme des Prachtstücks von einem Kunstsachverständigen erfahren muss, dass das Bild zwar aus der Rubensschule, nicht aber von des Meisters Hand stammt. Der wirkliche Wert des Bildes beträgt €20.000.

K möchte von V sein Geld zurück.

Es geht um ein Rückabwicklungsbegehren wegen eines Mangels der verkauften Sache. Der einschlägige kaufrechtliche Behelf ist der Rücktritt (§§ 346 Abs. 1, 434, 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB). Der Rücktritt führt in der Tat dazu, dass die ausgetauschten Vertragsleistungen zurückgegeben werden müssen. Allerdings bestimmen §§ 438 Abs. 4, 218 BGB, dass der Rücktritt ausgeschlossen ist, wenn der Anspruch auf Nacherfüllung verjährt ist. Der Anspruch auf Nacherfüllung

verjährt bei beweglichen Sachen in zwei Jahren von der Ablieferung an (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB). Diese Frist ist hier abgelaufen, sodass K sein Rückzahlungsbegehren nicht durchsetzen können, wenn V sich auf die Verjährung beruft.

Eine andere Möglichkeit der Rückabwicklung bietet das Bereicherungsrecht in den §§ 812 ff. BGB. Dann müsste K die €100.000 „ohne rechtlichen Grund“ geleistet haben. K hat aufgrund des Kaufvertrages mit V geleistet. Die Leistung erfolgte also mit Rechtsgrund. Es ist aber zu überlegen, ob K nicht eine Möglichkeit hat, den Kaufvertrag und damit den Rechtsgrund, zu zerstören. Eine solche Möglichkeit könnte durch das Anfechtungsrecht eröffnet werden. Eine wirksame Anfechtung führt nach § 142 Abs. 1 BGB dazu, dass der Vertrag als von Anfang an nichtig angesehen wird. Eine wirksame Anfechtung setzt allerdings neben der Anfechtungserklärung (§ 143 Abs. 1 BGB) auch einen Anfechtungsgrund voraus. Als Anfechtungsgrund käme hier der Irrtum über die Echtheit des gekauften Bildes in Betracht (§ 119 Abs. 2 BGB). Tatsächlich liegen die Voraussetzungen des § 119 Abs. 2 BGB vor. K könnte also anfechten, den Rechtsgrund für seine Leistung zerstören und das Geleistete nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zurückverlangen.

Auch hier fragt es sich allerdings, ob nicht die Anfechtung an bestimmte Fristen gebunden ist. Die Antwort gibt § 121 Abs. 1 BGB. Danach muss die Anfechtung ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat. Das ist hier der Fall.

Es liegt ein Normenkonflikt vor zwischen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung, die durch eine Irrtumsanfechtung ausgelöst wird, und der kaufrechtlichen Rückabwicklung wegen ein- und desselben Mangels der Kaufsache. Das Bereicherungsrecht eröffnet die Rückabwicklung auch noch nach zwei Jahren, während das Kaufrecht die Rückabwicklung auf den Zeitraum von zwei Jahren begrenzt. Dieser Konflikt wird nach den Grundsätzen der Spezialitätsordnung gelöst. Man fragt sich, welches die speziellere Regelung ist, und gibt dieser Regelung den Vorzug vor der anderen. Hier ist die speziellere Regelung die im Kaufrecht enthaltene. Das Irrtumsanfechtungsrecht findet sich im Allgemeinen Teil des BGB. Es gilt mithin für alle Verträge. Das Kaufrecht regelt hingegen nur einen bestimmten Vertragstypus. Die in ihm getroffene Regelung ist speziell auf diesen Vertragstypus ausgerichtet. Nach dem Grundsatz der Spezialitätsordnung geht das Kaufrecht vor. Im Ergebnis bedeutet das, dass man wegen eines Mangels der Kaufsache keine Anfechtungsmöglichkeiten hat, sondern sich mit den kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen bescheiden muss. Wenn ein Mangel nicht vor Ablauf von zwei Jahren entdeckt wird, sieht sich der Käufer

der Verjährungseinrede des Verkäufers ausgesetzt, die sein Rücktrittsrecht ausschließt. Dem kann er nicht dadurch ausweichen, dass er auf die allgemeinere Regelung zurückgreift. Der Weg in die allgemeinere Regelung ist durch den Spezialitätsgrundsatz verschlossen.

### *b. Zwingendes Recht und dispositives Recht*

Die Unterscheidung ist im Zivilrecht relevant. Dort sind nicht alle Normen zwingend ausgestaltet. Große Teile des Schuldrechts (vgl. das Inhaltsverzeichnis des BGB!) stehen zur Disposition der Vertragsparteien. Sie gelten nur, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Beispiel für eine Haftungsregelung: § 280 BGB gibt bei einer Verletzung der Pflicht aus einem Schuldverhältnis einen Schadensersatzanspruch. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen schließen dieses Recht für fahrlässige Pflichtverletzungen in der Regel aus. Das geht, weil § 280 BGB dispositives Recht enthält (anders etwa Mieterschutzvorschriften des Mietrechts, vgl. zB §§ 559 Abs. 3, 560 Abs. 6 BGB).

Grenzen der Ausschaltung dispositiven Gesetzesrechts markieren die besonderen Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (vgl. zum Haftungsausschluss § 309 Nr. 7 BGB). Daraus erhellt, dass eine individuell ausgehandelte Vertragsordnung im stärkeren Maße vom dispositiven Gesetzesrecht abweichen darf als eine einseitig gesetzte Vertragsordnung. Wir wollen das am Beispiel der Nachbesserungskosten bei einer mangelhaften Kaufsache zeigen.

### **Nachbesserungskosten bei einer mangelhaften Kaufsache**

Nehmen wir an, das neu erworbene Kfz habe einen Getriebebeschaden. Die gesetzlichen Gewährleistungsrechte sind Rücktritt, Minderung, Nacherfüllung. Das Getriebe wird im Wege der Nacherfüllung gewechselt. Der Käufer soll jedoch die Arbeitsstunden zahlen, die dafür aufgewendet worden sind. Drei Fallvarianten sind zu unterscheiden. In der ersten schweigt sich das Vertragswerk zu den Arbeitskosten aus, in der zweiten haben Käufer und Verkäufer individuell vereinbart, dass die Arbeitskosten vom Käufer zu tragen sind, in der dritten findet sich eine solche den Käufer belastende Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers.

In der Variante 1 lernen wir das dispositive Recht in seiner Lückenfüllungsfunktion kennen. Wenn die Vertragsparteien eine Frage nicht geregelt haben, dann greift die vom Gesetzgeber für angemessen erachtete Ersatz- oder Rahmenordnung ein. Sie ist hier in § 439 Abs. 2 BGB enthalten und bürdet die Arbeitskosten dem Verkäufer auf.

In der Variante 2 haben die Vertragsparteien die Frage zu Lasten des Käufers geregelt. Ob das die in § 439 Abs. 2 BGB enthaltene gegenteilige Regelung verdrängt, hängt vom Charakter des § 439 Abs. 2 BGB als zwingendes oder dispositives Recht ab. Zwei Überlegungen erweisen § 439 Abs. 2 BGB als dispositives Recht. § 444 BGB erlaubt offensichtlich - von einem extremen Grenzfall (Arglist des Verkäufers) abgesehen - den völligen Ausschluss der Gewährleistung. Dann muss es erst recht möglich sein, ein Nacherfüllungsrecht zu belassen und dafür die Arbeitsstunden in Rechnung zu stellen. Denn das ist weniger hart als der völlige Ausschluss der Gewährleistung (argumentum a maiore ad minus). Die zweite Überlegung setzt bei § 309 Nr. 8 b cc BGB an, der Klauseln für unwirksam erklärt, in denen „die Verpflichtung des Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen“. Einer solchen Bestimmung bedürfte es nicht, wenn schon § 439 Abs. 2 BGB zwingendes Recht wäre. Die von § 439 Abs. 2 BGB abweichende, individuell ausgehandelte Vereinbarung über die Arbeitskosten ist deshalb wirksam und verbindlich.

In der Variante 3 bewegen wir uns im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die einschlägige Norm haben wir schon kennen gelernt: § 309 Nr. 8 b cc BGB. Aus der ergibt sich, dass durch einseitig gesetzte Vertragsordnungen die Kosten der Nacherfüllung nicht auf den Käufer abgewälzt werden können.

Die Überlegungen zur zwingenden oder nicht zwingenden Natur des § 439 Abs. 2 BGB blieben unvollständig, wenn wir nicht auch einen Blick auf die Bestimmungen des Verbrauchsgüterkaufs in den §§ 474 ff. BGB würfen. Von einem Verbrauchsgüterkauf spricht man, wenn der Verkäufer ein Unternehmer und der Käufer ein Verbraucher ist. In diesem Fall erweist sich die Regelung des § 439 Abs. 2 BGB entgegen unserer bisherigen Analyse als zwingend. Das ergibt sich aus § 475 Abs. 1 BGB.





---

## *I. Rechtssubjekte*

Ein Rechtssubjekt ist dadurch gekennzeichnet, dass es Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Diese Eigenschaft bezeichnet man als **Rechtsfähigkeit**.

Welche Organisationseinheiten kennt das Privatrecht für die Anknüpfung von Rechten und Pflichten?

Die einfachste Einheit ist eine allein stehende natürliche Person. An ihr werden wir die generell an Organisationseinheiten zu richtenden Fragenkomplexe der Vermögens- und Rechtszuständigkeit, der Vertretung bei Rechtsgeschäften, der Verantwortung für unerlaubtes Handeln, des Einstehens für Gehilfen und der Haftungszuständigkeit demonstrieren. Zuvor sollen jedoch die Organisationseinheiten wenigstens bezeichnet werden, die sich aus dem Zusammenschluss mehrerer natürlicher Personen ergeben können.

Da ist zunächst die einfache Rechtsgemeinschaft. Gesetzliche Beispiele hierfür sind die Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) und die Miteigentümergeinschaft (§§ 1008 bis 1011 BGB). Wesentliches Kennzeichen der einfachen Rechtsgemeinschaft ist die relative Selbständigkeit der in ihr zusammengefassten Personen. Jedem steht ein Bruchteil an jedem der gemeinschaftlichen Güter zu,

über den er völlig unabhängig von den anderen Mitgliedern der einfachen Rechtsgemeinschaft verfügen kann.

Das ist bei der nächsten Stufe, der Gesamthandsgemeinschaft, nicht der Fall. Gesetzliche Fälle der Gesamthandsgemeinschaft sind die eheliche Gütergemeinschaft (ein durch Vereinbarung zu begründender, von dem gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft abweichender Güterstand nach den §§ 1415 ff. BGB), die Erbengemeinschaft, die immer dann entsteht, wenn mehrere Personen zugleich Erben werden (§§ 2032 ff. BGB), die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GbR, (§§ 705 ff. BGB) und schließlich die Personengesellschaften des Handelsrechts, die offene Handelsgesellschaft, oHG, (§§ 105 ff. HGB) und die Kommanditgesellschaft, KG, (§§ 161 ff. HGB). In den Gesamthandsgemeinschaften haben die Gemeinschaftler keine Bruchteilsberechtigung an den einzelnen Gütern der Gesamthandsgemeinschaft, über die sie für sich verfügen könnten. An den einzelnen Gütern besteht, wenn überhaupt, lediglich eine sog. Gesamthandsberechtigung. Wenn etwas der freien Verfügung unterliegt, kann es sich allenfalls um den Gesamtanteil an der Gesamthand handeln. So kann etwa jeder Miterbe seinen Miterbenanteil insgesamt übertragen, aber nicht einen Anteil an einem einzelnen Gut aus dem Nachlass (§ 2033 BGB). Regelmäßig sind auch die Verfügungen über den Anteil am Gesamtvermögen beschränkt (§ 719 BGB). Darin kommt die Personengebundenheit der meisten Gesamthandsgemeinschaften zum Ausdruck. Die Gesamthandsgemeinschaften als Personalgesellschaften sind, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag etwas anderes vorsieht, vom Bestand der Gesellschafter abhängig (vgl. § 131 Nr. 4 HGB).

Die Personenabhängigkeit unterscheidet die Personalgesellschaften von den Körperschaften. Körperschaften sind der nicht rechtsfähige und der rechtsfähige Verein des Bürgerlichen Rechts (§§ 21 ff. BGB) sowie die Kapitalgesellschaften des Handelsrechts, in Sonderheit die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Beide Gesellschaftsformen sind in eigenständigen Gesetzen geregelt, im Aktiengesetz und im GmbH-Gesetz.

Eine Sonderstellung nimmt der nicht rechtsfähige Verein ein. Die in § 54 BGB vorgesehene Anwendung des Rechts der Gesellschaft bürgerlichen Rechts passt allenfalls für kleine, nicht eingetragene Vereine (privater Kegelclub). Auf die großen, aus historischen Gründen nicht zur Eintragung gebrachten und deshalb nicht rechtsfähigen Vereine (insb. Gewerkschaften) wendet man dagegen die Regelung des rechtsfähigen Vereins entsprechend an (§§ 55 ff. BGB).

Körperschaften sind grundsätzlich unabhängig vom Bestand ihrer Mitglieder. Ein Verein hört nicht deshalb auf zu existieren, weil das eine oder andere Mitglied aus dem Verein austritt oder stirbt oder neue Mitglieder in den Verein eintreten. Desgleichen berührt es eine Aktiengesellschaft nicht, wenn ihre Aktien an der Börse gehandelt werden und mit der Veräußerung ein Mitgliederwechsel eintritt. Das gilt auch für die GmbH, deren Gesellschaftsanteile grundsätzlich frei veräußerlich sind (§ 15 GmbHG).

Gerade von dem Mitgliederbestand unabhängige Organisationen benötigen besondere Organe, durch die die Organisation am Markt auftritt. Die Organstellung kann auch solchen Personen übertragen werden, die nicht Gesellschafter der betreffenden Organisation sind (Fremdorganschaft). Das eröffnet die Möglichkeit, Managern die Unternehmensführung in die Hand zu legen. Die oben erwähnten Personalgesellschaften sind dagegen durch das Prinzip der Selbstorganschaft gekennzeichnet. Hier sind diejenigen für die Geschäftsführung nach innen und die Vertretung nach außen zuständig, die zugleich Mitglieder der betreffenden Gesellschaft sind.

An der Spitze der Skala der Organisationseinheiten steht die juristische Person. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass ihr eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Als Gebilde mit eigener Rechtspersönlichkeit hat die juristische Person auch die komplette Vermögenszuständigkeit inne. Sie ist Trägerin der Rechte und Pflichten, die sich aus der von ihr betriebenen Unternehmenstätigkeit ergeben. Die einzelnen Mitglieder einer juristischen Person haben damit nichts zu tun. Sie haften in der Regel auch nicht für die Pflichten, die für die juristische Person begründet worden sind. Diese Bemerkungen leiten über zu Fragen der Vermögens- und Rechtszuständigkeit, der rechtsgeschäftlichen Vertretung, der deliktischen Verantwortung, des Einstehenmüssens für Gehilfen und schließlich der Haftungszuständigkeit, die wir für natürliche Personen, juristische Personen und Unternehmensträger aus dem Bereich der Gesamthandsgemeinschaften getrennt in Angriff nehmen wollen.

## **1. Die natürliche Person**

### *a. Vermögenszuständigkeit und Rechtsfähigkeit*

Die Vermögenszuständigkeit der natürlichen Person ergibt sich aus ihrer Rechtsfähigkeit. Die Rechtsfähigkeit bedeutet die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Sie erwirbt jeder Mensch mit der Vollendung der Geburt (§ 1 BGB).

Die Anbindung des Beginns der Rechtsfähigkeit an die Vollendung der Geburt scheidet das noch im Mutterleib befindliche ungeborene Kind, den sog. nasciturus, aus dem Kreis der eigenständigen Rechtssubjekte aus. Das ist verständlich, wenn man bedenkt, dass die natürliche Person aus juristischer Perspektive eine Figur darstellt, die bestimmte Funktionen wahrnehmen soll, wozu der lediglich erst Gezeugte nicht imstande ist. Gleichwohl geht auch das Recht an biologischen Phänomenen nicht einfach vorbei. § 1923 Abs. 2 BGB fingiert eine Vorverlegung der Geburt, um dem nasciturus, der als schon Lebender Erbe einer Person geworden wäre, die damit verbundenen Rechte auch für den Fall einzuräumen, dass er den Tod zwar nicht miterlebt, wohl aber hernach lebendig geboren wird. Auch schützt die Rechtsprechung den bereits Gezeugten dann, wenn er aufgrund unerlaubter Körper- oder Gesundheitsverletzung seiner Mutter pränatale Schäden davongetragen hat, mit späteren Ersatzansprüchen gegen den Täter.

Die Rechtsfähigkeit erlischt mit dem Tod. Das versteht sich fast von selbst: Ein Verstorbener kann weder Rechte wahrnehmen noch sinnvoller Adressat von Pflichten sein. Und dennoch kann man sich fragen, ob es nicht Rechte gibt, die über den Tod hinauswirken. Wer soll eigentlich darüber bestimmen, ob die Organe eines Verstorbenen zu Organspenden zur Verfügung gestellt werden? Und wen trifft es, wenn der Verstorbene verunglimpft wird? Im Hinblick auf die erste Frage bleibt die Zuständigkeit des Verstorbenen erhalten. Für den zweiten Bereich gibt man den Familienangehörigen ein eigenes Recht, sich gegen Verunglimpfungen des Verstorbenen zur Wehr zu setzen.

### *b. Selbstvertretung und Geschäftsfähigkeit*

Die Möglichkeit, am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilzunehmen, steht einer natürlichen Person dank ihrer Geschäftsfähigkeit zu. Das Bürgerliche Gesetzbuch differenziert in seinen Regelungen zur Geschäftsfähigkeit nach der Geschäftsunfähigkeit, der beschränkten Geschäftsfähigkeit und der vollen Geschäftsfähigkeit.

Geschäftsunfähig sind nach § 104 BGB Personen,

- die das siebente Lebensjahr nicht vollendet haben,
- die sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist.

Rechtsgeschäftliche Erklärungen Geschäftsunfähiger sind nach § 105 Abs. 1 BGB nichtig. Das bedeutet, dass durch sie keinerlei rechtliche Bindungen oder

Berechtigungen begründet werden können. Davon macht neuerdings (seit dem 01.08.2002) § 105a BGB bei Geschäften des täglichen Lebens, die von Volljährigen vorgenommen und durchgeführt werden, eine Ausnahme.

Für die beschränkte Geschäftsfähigkeit gilt eine differenzierte Regelung. Willenserklärungen beschränkt Geschäftsfähiger sind wirksam (§§ 107 und 108 BGB), wenn sie

- dem beschränkt Geschäftsfähigen lediglich rechtliche Vorteile bringen,
- von einer vorherigen Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gedeckt sind,
- nachträglich von dem gesetzlichen Vertreter genehmigt werden.

Der Personenkreis der beschränkt Geschäftsfähigen wird nach dem Alter bestimmt. § 106 BGB umschreibt den Kreis mit den Minderjährigen (das sind die, die noch nicht die Volljährigkeit nach § 2 BGB erreicht haben), die das 7. Lebensjahr vollendet haben. Weiterhin steht auch ein Betreuer, für den ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet worden ist, einem beschränkt Geschäftsfähigen weitgehend gleich (s. § 1903 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3).

Beschränkt Geschäftsfähige können für bestimmte Bereiche teilgeschäftsfähig sein. In diesen Bereichen werden sie den voll Geschäftsfähigen gleichgestellt und müssen deshalb auch für rechtlich nachteilige Geschäfte einstehen. Die Teilgeschäftsfähigkeit ergibt sich aus § 110 BGB für Geschäfte, die mit Mitteln abgewickelt worden sind, die dem Minderjährigen zur freien Verfügung standen. § 112 BGB macht einen Minderjährigen für die Geschäfte teilgeschäftsfähig, die ein Geschäftsbetrieb mit sich bringt, zu dem der Minderjährige durch seinen gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ermächtigt worden ist. § 113 BGB begründet die Teilgeschäftsfähigkeit für diejenigen, die mit Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters in ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis getreten sind. Die Teilgeschäftsfähigkeit des § 113 BGB betrifft solche Rechtsgeschäfte, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen ausmachen. Dazu gehört nach der Auffassung der Rechtsprechung auch der Beitritt zu einer Gewerkschaft.

### *c. Verantwortung für unerlaubtes Handeln (Deliktsfähigkeit)*

Die Verantwortung für das eigene unerlaubte Handeln ergibt sich für natürliche Personen aus ihrer Deliktsfähigkeit. Mit der Deliktsfähigkeit des Zivilrechts befassen sich die §§ 827 und 828 BGB. Auch hier gilt, dass Menschen, die das 7. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die schädlichen Folgen ihres

Handelns nicht eintreten müssen. Denkbar ist allerdings, dass die Aufsichtspflichtigen nach § 832 BGB für den Schaden aufzukommen haben, den eine nicht deliktstfähige Person angerichtet hat.

Die Deliktstfähigkeit des BGB hat nichts mit der Strafmündigkeit zu tun. Ab wann jemand bestraft werden kann, bestimmt allein das Strafrecht. Bei der Deliktstfähigkeit geht es um die zivilrechtliche Verantwortung für Schäden. Bei gegebener Verantwortung ist die Folge nicht Bestrafung, sondern die Verpflichtung zum Ausgleich der angerichteten Schäden.

#### *d. Haftung für Dritte*

Wenn es um die Verantwortung für Schäden geht, ist mit dieser Frage in einer arbeitsteiligen Gesellschaft häufig auch die Frage verbunden, inwieweit jemand für Schäden aufzukommen hat, die ein anderer bei der Verrichtung von Diensten für den Geschäftsherrn verursacht. Das Problem der Geschäftsherrn- oder Gehilfenhaftung findet eine unterschiedliche Lösung, je nachdem, ob der Gehilfe bei der Erfüllung von Vertragsverbindlichkeiten seines Geschäftsherrn den Vertragspartner seines Geschäftsherrn schädigt oder aber einen außen stehenden Dritten, der keinerlei Vertragsbeziehungen zu dem Geschäftsherrn hat. Im ersteren Fall ordnet § 278 BGB an, dass der Geschäftsherr (hier Schuldner genannt) ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, derer er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten hat wie eigenes Verschulden. Im letzteren Fall ergibt sich eine Haftung des Geschäftsherrn allein aus § 831 BGB. Dies ist keine Haftung für fremdes Verschulden des Gehilfen, sondern eine Haftung für vermutetes Eigenverschulden des Geschäftsherrn. Die Vermutung kann der Geschäftsherr widerlegen, indem er nachweist, dass er bei der Auswahl der fraglichen Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Der außen stehende Dritte steht damit als Geschädigter wesentlich schlechter als ein Vertragspartner des Geschäftsherrn. Die Möglichkeit, sich an den Gehilfen selbst zu halten, haben beide. Diese rechtliche Möglichkeit ist aber tatsächlich häufig nichts wert, weil dem Gehilfen einfach die Mittel fehlen, den angerichteten Schaden auszugleichen.

#### *e. Rechtsgeschäftliche Stellvertretung*

Mit der Einschaltung von Erfüllungsgehilfen haben wir eine Form der Arbeitsteilung für den Bereich der Ausführung der vertraglichen Verpflichtungen

kennen gelernt. Die Möglichkeit der Arbeitsteilung besteht aber auch schon für den Bereich der Begründung rechtsgeschäftlicher Pflichten und Rechte. Hier ist das Recht der Stellvertretung angesprochen. Seine Grundidee ist in § 164 Abs. 1 BGB formuliert: Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Der Vertreter muss also offen im Namen des Vertretenen handeln und schließlich auch Vertretungsmacht haben, wenn aus seinen Erklärungen der Geschäftsherr (der Vertretene) unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden soll.

Im Hinblick auf die Vertretungsmacht unterscheiden wir die gesetzlich verliehene Vertretungsmacht, die rechtsgeschäftlich begründete Vertretungsmacht und die durch Rechtsscheintatbestände gestützte Vertretungsmacht. Eine gesetzliche Vertretungsmacht benötigen wir überall dort, wo der Vertretene mangels eigener Geschäftsfähigkeit keine rechtsverbindlichen Erklärungen abgeben kann. Das sind die geschäftsunfähigen und beschränkt geschäftsfähigen natürlichen Personen, aber auch alle über eine Einzelperson hinaus gehenden Personengemeinschaften, für die Rechte und Pflichten begründet werden können (vgl. für die Eltern § 1629 BGB, für den Vormund §§ 1793, 1897 BGB, für die Organe juristischer Personen § 26 Abs. 2 BGB, § 78 Abs. 1 AktG, § 35 Abs. 1 GmbHG).

Grundform der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht ist die Vollmacht (§ 167 Abs. 1 BGB). Sonderregelungen der Vollmacht kennt das Handelsrecht in der Prokura (§§ 48 bis 53 HGB) und der Handlungsvollmacht (§ 54 HGB).

Als gesetzliche Beispiele für Rechtsscheinsvollmachten können die §§ 170, 171 Abs. 2, 172 Abs. 2 BGB und 56 HGB angeführt werden. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung noch die Institute der Duldungs- und Anscheinsvollmacht entwickelt, mit denen über die Grenzen der gesetzlichen Beispiele hinaus der Tatsache Rechnung getragen werden kann, dass man für zurechenbaren Rechtsschein einzustehen hat.

Fehlt es an einer der Voraussetzungen, einen anderen aus Willenserklärungen unmittelbar zu berechtigen und zu verpflichten, gilt Folgendes:

Tritt der Vertreter schon gar nicht als Vertreter auf, handelt er also nicht im Namen des Vertretenen, so entsteht aus seinen rechtsgeschäftlichen Erklärungen ein Eigengeschäft. Davon kann sich der „Vertreter“ auch nicht durch Anfechtung befreien (§ 164 Abs. 2 BGB).

Fehlt dem im Namen eines anderen auftretenden Vertreter dagegen die Vertretungsmacht, greift die in § 179 BGB geregelte Haftung des *falsus procurator* ein, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert. Diese Haftung bedeutet für den Geschäftspartner ein Wahlrecht gegenüber dem falschen Vertreter. Er kann den falschen Vertreter auf Erfüllung des Vertrages in Anspruch nehmen oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Beide Möglichkeiten setzen voraus, dass der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat. Ist das nicht der Fall, ist der falsche Vertreter nur zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Vertretungsmacht vertraut (§ 179 Abs. 2 BGB). Gar keine Haftung des Vertreters tritt ein, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste (§ 179 Abs. 3 BGB).

#### *f. Haftungszuständigkeit*

Die Haftungszuständigkeit berührt die Frage, auf welches Vermögen ein Gläubiger zur Befriedigung seiner Forderung zugreifen darf. Der Grundsatz lautet: auf das Schuldnervermögen. Eine unternehmerisch tätige natürliche Person hat mit dem Privatvermögen und dem Geschäftsvermögen verschiedene Vermögen. Je nachdem, zu welchem Bereich eine Schadensersatzpflichten auslösende unerlaubte Handlung oder ein Erfüllungsansprüche begründender Vertragsschluss gehören, kann man auch unterschiedliche Gläubiger einer natürlichen Person differenzieren: Privatgläubiger auf der einen Seite und Geschäftsgläubiger auf der anderen Seite. Diese Differenzierungsmöglichkeiten sagen indessen nichts über die Haftungszuständigkeit der verschiedenen Vermögenmassen aus. Im Gegenteil: Für Schulden einer natürlichen Person haften grundsätzlich sämtliche Vermögensteile der natürlichen Person. Der Privatgläubiger darf auch auf das Geschäftsvermögen zugreifen, und dem Geschäftsgläubiger steht der Zugriff auch auf das Privatvermögen offen. Erst wenn andere Organisationsformen für die Unternehmensträgerschaft gewählt werden, kann es zu unterschiedlichen Haftungszuständigkeiten kommen.

## **2. Personenzusammenschlüsse**

### *a. Die juristische Person*

#### *i. Vermögenszuständigkeit und Rechtsfähigkeit*

Die Vermögenszuständigkeit der juristischen Person ergibt sich wie bei den natürlichen Personen aus der Rechtsfähigkeit der juristischen Person. Es ist



geradezu ein Kennzeichen der juristischen Person, dass ihr eigene Rechtspersönlichkeit verliehen wird und damit die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Die gesetzliche Grundlage für die beschriebene Fähigkeit finden wir für die Aktiengesellschaft in § 1 AktG, dessen Abs. 1 S. 1 schlicht lautet:

Die Aktiengesellschaft ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit.

und für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in § 13 Abs. 1 GmbHG, der ein wenig ausführlicher festhält:

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Was bei den natürlichen Personen die Geburt ist, ist bei den juristischen Personen die Eintragung in ein öffentliches, von den Gerichten geführtes Register. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen wird erst mit der Registereintragung begründet. Für die Aktiengesellschaft ist das in § 41 Abs. 1 AktG, für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist das in § 11 Abs. 1 GmbHG festgeschrieben.

#### *ii. Rechtsgeschäftliche Organvertretung*

Keinem Kunstgebilde kommt die Fähigkeit zu, durch Willenserklärungen am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilzunehmen. Diese Fähigkeit haben nur natürliche Personen über die Geschäftsfähigkeit. Um auch juristische Personen zu Trägern von Rechten und Pflichten aus rechtsgeschäftlichen Erklärungen machen zu können, bedarf es deshalb einer Stellvertretung, die letztendlich natürlichen Personen anzuvertrauen ist. Für die Kunstgebilde sind es die sog. Organe, die mit gesetzlicher Vertretungsmacht ausgestattet sind. Bei den juristischen Personen des Handelsrechts gilt der Grundsatz der Fremdorganschaft. Nach ihm ist es möglich, auch solche Personen zu Organen zu machen, die keine Anteile an der Gesellschaft halten. Zur Vertretung der Aktiengesellschaft ist nach § 78 Abs. 1 der Vorstand berufen. Die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind nach § 35 Abs. 1 GmbHG der oder die Geschäftsführer der GmbH. Die Geschäftsführer der GmbH werden durch die Gesellschafter der GmbH bestellt. Bei der Aktiengesellschaft steht den Gesellschaftern (den Aktionären) unmittelbar das Recht zur Bestellung des vertretungsberechtigten Vorstands nicht zu. Der Vorstand wird nach § 84 Abs. 1 AktG vom Aufsichtsrat bestellt. Diesen wiederum wählen die Aktionäre in der Hauptversammlung. In den der Mitbestimmung unterliegenden Unternehmen sind überdies die besonderen Bestimmungen der

Mitbestimmungsgesetze für die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zu beachten.

*iii. Deliktische Verantwortung für Organhandeln*

Juristische Personen können auch für unerlaubte Handlungen ihrer Organe zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Eine besondere Bestimmung enthalten dazu weder das Aktiengesetz noch das GmbH-Gesetz. Man überträgt stattdessen die für den Verein in § 31 BGB normierte Regel in entsprechender Anwendung auf alle juristischen Personen. § 31 BGB lautet:

Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.

*iv. Haftung für Gehilfen*

Für die Gehilfenhaftung gilt bei juristischen Personen nichts anderes als bei natürlichen Personen. Wenn der Gehilfe in eine vertragliche Beziehung eingeschaltet ist, haftet die juristische Person als Geschäftsherr für das Verschulden des Gehilfen nach § 278 BGB ohne Entlastungsmöglichkeit. Wenn der Gehilfe einen außerhalb des Vertragsverhältnisses stehenden Dritten schädigt, haftet die juristische Person nur unter den Voraussetzungen des § 831 BGB mit der dort normierten Entlastungsmöglichkeit bei fehlendem Auswahl- oder Überwachungsverschulden.

*v. Haftungszuständigkeit*

Bei der Haftungszuständigkeit zeigt sich ein deutlicher Unterschied zu den Regelungen, die für eine natürliche Person gelten. Hier beweist sich sozusagen die Selbständigkeit der juristischen Person. Auch jetzt ist es möglich, dass die Menschen, die eine Organstellung in einer juristischen Person innehaben, sowohl als Privatpersonen als auch in ihrer Eigenschaft als Organe im rechtsgeschäftlichen und im Unrechtsverkehr auftreten können. Dann werden einmal Privatverbindlichkeiten und ein anderes Mal Geschäftsverbindlichkeiten begründet. Für die Privatverbindlichkeiten haftet ausschließlich das Privatvermögen der handelnden Person, für die Geschäftsverbindlichkeiten ausschließlich das Geschäftsvermögen der durch die handelnde Person vertretenen juristischen Person. Es besteht auch keine Möglichkeit, auf das Privatvermögen der Gesellschafter der juristischen Person, der Aktionäre oder der GmbH-Gesellschafter, zurückzugreifen. Das Aktiengesetz und das GmbH-Gesetz bringen

diese Rechtslage in eigenen Vorschriften zum Ausdruck. § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG lautet:

Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen.

§ 13 Abs. 2 GmbH-Gesetz regelt fast wortgleich:

Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen.

### *b. Gesamthandsgemeinschaften*

Gesamthandsgemeinschaften werfen besondere Probleme auf. Wir beschränken uns in unserer ohnehin nur kursorischen Betrachtung erstens auf solche Gesellschaften, die unternehmerisch tätig sind, und zweitens auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB) sowie auf die Personengesellschaften des Handelsrechts, die offene Handelsgesellschaft (§§ 105 ff. HGB) und die Kommanditgesellschaft (§§ 161 ff. HGB). Ob eine Gesamthandsgemeinschaft als Unternehmensträger eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder aber eine Personengesellschaft des Handelsrechts ist, hängt davon ab, ob das Gewerbe, das sie betreibt, ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe ist oder nicht. Diese Frage deckt sich mit der Frage nach der Kaufmannseigenschaft bei natürlichen Personen und ist in den §§ 1 bis 6 HGB geregelt.

#### *i. Vermögenszuständigkeit*

Problematisch ist insbesondere die Vermögens- und Rechtszuständigkeit der BGB-Gesellschaft. Hat die Gesamthand als solche Rechte und Pflichten, oder haben die Rechte und Pflichten nur die Gesamthänder in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Die einschlägigen Vorschriften der §§ 718 und 719 BGB sprechen eher für die zweite Version. Im Hinblick auf die Gesamthandsgesellschaften des Handelsrechts hat sich indessen der Gesetzgeber eindeutig für die erste Version entschieden. § 124 Abs. 1 HGB legt fest (gilt über § 161 Abs. 2 HGB auch für die Kommanditgesellschaft):

Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Das deckt sich weitgehend mit der Formulierung des § 13 Abs. 1 GmbHG und spricht dafür, dass im Hinblick auf die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten

zu sein, die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung sich nicht unterscheiden.

Die Frage nach der Vermögenszuständigkeit stellt sich nicht nur bei der Frage nach der Verfügungsmöglichkeit über einen zur Gesamthand gehörenden Gegenstand, sondern auch bei der Zwangsvollstreckung in einen zur Gesamthand gehörenden Gegenstand. Bei rechtsfähigen Personenzusammenschlüssen kann nur die Gesellschaft als solche durch ihre Organe und Vertreter über die der Gesellschaft gehörenden Gegenstände verfügen, und für die Zwangsvollstreckung ist ein Titel gegen die Gesellschaft erforderlich. Für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft bringt dies § 124 Abs. 2 HGB zum Ausdruck:

Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen [der offenen Handelsgesellschaft] ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schultitel erforderlich.

Für die BGB-Gesellschaft finden wir in § 736 ZPO das gegenläufige Prinzip:

Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer nach § 705 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingegangenen Gesellschaft ist ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich.

Für die BGB-Gesellschaft, die ein Unternehmen betreibt, wird diese Regelung heute als nicht mehr zeitgemäß angesehen. Große Teile der Literatur machen sich deshalb für die Rechtsfähigkeit (materiellrechtlich) und die Parteifähigkeit (prozessrechtlich) der unternehmenstragenden BGB-Gesellschaft stark und lassen einen Vollstreckungstitel gegen die BGB-Gesellschaft genügen. Dem hat sich in einer Entscheidung vom 29. Januar 2001 (Aktenzeichen: II ZR 331/00) auch der Bundesgerichtshof angeschlossen.

#### *ii. Rechtsgeschäftliche Organvertretung*

Die rechtsgeschäftliche Vertretung der Gesamthandsgesellschaften ist ebenfalls eine Organvertretung. Allerdings können hier nicht Fremde zu Organen bestellt werden. Deshalb nennt man das für die Gesamthandsgesellschaften geltende Prinzip auch das Prinzip der Selbstorganschaft. Es bedeutet, dass die Gesellschafter selbst zur Geschäftsführung und Vertretung berufen sind. In der BGB-Gesellschaft sieht das Gesetz in den §§ 714, 709 BGB eine Gesamtvertretung durch alle Gesellschafter vor. Demgegenüber gilt in den Gesamthandsgesellschaften des Handelsrechts das Prinzip der Einzelvertretungsbefugnis eines jeden persönlich haftenden Gesellschafters (§§ 125 und 170 HGB).

*iii. Deliktische Verantwortung für Organhandeln*

Jedenfalls die Gesamthandsgesellschaften des Handelsrechts trifft auch eine deliktische Verantwortung für das Handeln ihrer Organe. Die ist zwar nicht in den speziellen Regeln des Handelsrechts eigens vorgesehen, wird aber von der Rechtsprechung in entsprechender Anwendung des § 31 BGB angenommen.

*iv. Haftung für Gehilfen*

Für das schadensverursachende Verhalten von Hilfspersonen unterhalb der Organschaft gilt nichts anderes als das, was auch schon für die natürlichen Personen und die juristischen Personen ausgeführt worden ist. Die vertragliche Zurechnungsnorm ist § 278 BGB, die deliktische Zurechnungsnorm § 831 BGB.

*v. Haftungszuständigkeit*

Eine Mischung der für natürliche Personen und für juristische Personen geltenden Regelungen der Haftungszuständigkeit kennzeichnet die Haftungszuständigkeit bei den Gesamthandsgemeinschaften. Den Privatgläubigern der Gesellschafter einer Gesamthandsgesellschaft steht grundsätzlich nur das Privatvermögen des betreffenden Gesellschafters (einschließlich der Gesellschaftsanteile) als Haftungsmasse zur Verfügung. Den Geschäftsgläubigern und damit den Gläubigern der Gesellschaft haftet dagegen nicht nur das Geschäftsvermögen, sondern auch das Privatvermögen der Gesellschafter. Das gilt unbegrenzt für die persönlich haftenden Gesellschafter (§ 128 HGB) und auf die Einlage begrenzt für die Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft (§ 171 Abs. 1 HGB). Ist die Einlage an die Gesellschaft geleistet worden, haftet ein Kommanditist gar nicht mehr persönlich den Gläubigern der Kommanditgesellschaft.

Schwierigkeiten macht die Begründung für die Haftung der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft für die Schulden der BGB-Gesellschaft. Eine dem § 128 HGB vergleichbare Regelung fehlt im Recht der BGB-Gesellschaft. Lange Zeit hat man das zum Anlass genommen, die Haftung über Vertretungsregeln zu begründen. Der BGB-Gesellschafter, der Rechtsgeschäfte für die Gesellschaft abschließt, handelt dabei in dreifacher Funktion: stellvertretend für die Gesellschaft, für sich selbst und stellvertretend für die anderen Gesellschafter (Theorie der Doppelverpflichtung). In jüngerer Zeit zeichnet sich hier ein Wandel ab. Danach handelt der BGB-Gesellschafter, der Rechtsgeschäfte für die Gesellschaft abschließt, nur noch in einer Funktion: stellvertretend für die Gesellschaft. Seine eigene Verpflichtung und die Verpflichtung der Mitgesellschafter ergibt sich aus einer entsprechenden Anwendung des § 128 HGB auf die (unternehmenstragende)

Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts (Theorie der akzessorischen Haftung). Diese Lösung hat den Vorzug, dass sie auch auf Verbindlichkeiten der Gesellschaft passt, die nicht aus Rechtsgeschäften folgen, sondern auf gesetzlicher Anordnung beruhen. Der BGH ging mit Urteil vom 27. 9. 1999 (II ZR 371/98; ZIP 1999, 1755) einen ersten Schritt in Richtung Abschied von der Theorie der Doppelverpflichtung. Dieser Schritt ist in der Entscheidung vom 29. Januar 2001 (Aktenzeichen: II ZR 331/00) bestätigt und bekräftigt worden.

Für riskante Geschäfte gründet man unter Haftungsgesichtspunkten deshalb am besten eine GmbH. Das ist auch als Einmanngründung möglich, so dass man die Entscheidungsbefugnisse mit niemandem teilen muss. Allerdings braucht man für die Gründung einer GmbH Kapital: 25.000,00 Euro. Die Notwendigkeit, zur Gründung einer Gesellschaft Kapital aufzubringen (bei der Aktiengesellschaft mindestens oder 50.000,00 Euro), unterscheidet Kapitalgesellschaften von anderen unternehmenstragenden Gesellschaften. Die Kapitalaufbringungsnotwendigkeit ist der - mehr oder weniger schlechte - Ersatz für die fehlende persönliche Haftung der Gesellschafter.

---

## *II. Rechtsobjekte*

Wenn die Menschen die natürlichen Rechtssubjekte sind, so kann man die Sachen als die natürlichen Rechtsobjekte betrachten. Rechtsobjekte sind nicht selber Träger von Rechten und Pflichten. An ihnen bestehen Rechte.

Sachen sind nach der Legaldefinition (gesetzliche Begriffsbestimmung) des § 90 BGB „körperliche Gegenstände“. Der Oberbegriff Gegenstand muss danach auch unkörperliche Gegenstände umfassen. Das sind die Rechte, Dinge, die man nicht anfassen kann, gedankliche Konstrukte, doch für das bürgerliche Vermögensrecht außerordentlich bedeutsam.

### **1. Sachen**

Für Sachen enthält das BGB nicht nur ein eigenes Buch, das Sachenrecht, in dem der Besitz, das Eigentum und die vom Eigentum abgespaltenen beschränkten dinglichen Rechte geregelt sind, sondern auch schon im Allgemeinen Teil einige ganz allgemeine Bestimmungen, die erst im Zusammenwirken mit anderen Teilen des BGB ihre volle Wirkung entfalten. Wir finden Bestimmungen und Definitionen für vertretbare Sachen (§ 91 BGB), verbrauchbare Sachen (§ 92 BGB), Zubehör (§ 97 BGB), Früchte (§ 99 BGB) und Nutzungen (§ 100 BGB). Von besonderer

Bedeutung ist das Bestandteilsrecht (§§ 93 bis 96 BGB). Es dient unter anderem dem Zweck, wirtschaftliche Werte zu erhalten, indem man besondere Rechte an wesentlichen Bestandteilen einer Sache nicht erlaubt (§ 93 BGB). Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks gehören z.B. die auf dem Grundstück errichteten und mit ihm fest verbundenen Gebäude (§ 94 BGB). Rechtlich kann man gar nicht Eigentümer eines Gebäudes sein. Man ist Eigentümer des Grundstücks, und über §§ 94 und 93 BGB erstreckt sich dieses Eigentum automatisch auf das auf dem Grundstück stehende Gebäude. Nach dem BGB ist damit Wohnungseigentum gar nicht möglich. Möglich wird Wohnungseigentum erst durch eine spezielles Gesetz, das Wohnungseigentumsgesetz.

Man unterteilt die Sachen weiterhin in bewegliche Sachen (Mobilien) und unbewegliche Sachen (Immobilien). Diese Unterteilung ist einer Differenzierung geschuldet, die das Sachenrecht etwa mit Blick auf den Eigentumserwerb macht (§§ 929 ff. BGB für die beweglichen Sachen; §§ 925 bis 928 BGB für die Grundstücke).

## **2. Rechte**

Die Rechte an den Sachen (zu unterscheiden von den Rechten auf eine Sache), die dinglichen Rechte, sind das Eigentum als umfassendes Herrschaftsrecht an der Sache und vom Eigentumsrecht abgespaltene Rechtspositionen, die man als beschränkte dingliche Rechte bezeichnet. Dabei geht es um Verwertungsrechte (Pfandrechte, Hypotheken, Grundschulden) und um Nutzungsrechte (Nießbrauch, Dienstbarkeiten). Die beschränkten dinglichen Rechte teilen mit dem Eigentumsrecht den absoluten, gegen jeden gerichteten, Charakter.

Rechte lediglich relativen Charakters treffen wir vor allem im Schuldrecht an. Das Schuldverhältnis bindet und berechtigt nur die Personen, die an ihm beteiligt sind, Gläubiger und Schuldner (§ 241 BGB). Dabei kann es durchaus auch um Rechte auf eine Sache gehen - etwa um das Recht des Käufers auf Eigentumsverschaffung oder des Mieters auf Nutzungsgewährung.

Den nur relativen Charakter der schuldrechtlichen Beziehungen kann man sich am Beispiel des Doppelverkaufs verdeutlichen. Der Verkäufer A verpflichtet sich dem B gegenüber, ihm ein bestimmtes Gemälde zu Eigentum zu übertragen. Bald darauf geht er dieselbe Verpflichtung gegenüber dem C ein, der mehr Geld für das Gemälde bietet. Beide Verträge sind rechtswirksam, auch wenn A nur einen der Verträge erfüllen kann. Obwohl B seinen Eigentumsverschaffungsanspruch

„verliert“, wenn A das Bild an C übereignet, kann er C nicht daran hindern, das Eigentum von A zu erwerben. B hat nur Rechte gegen A (relative Rechte), nicht aber gegen C. Gegen C hätte er erst dann Rechte, wenn er, der B, schon Eigentümer wäre. Das aber ist er nicht. Dem B bleibt allein ein Schadensersatzanspruch aus (nach neuem Recht) § 280 Abs. 1 BGB gegen A.

Als Eigentümer dagegen hat man:

- das Abwehrrecht gegen alle (§ 903 BGB);
- den Herausgabeanspruch gegen jeden (unberechtigten) Besitzer (§ 985 BGB);
- den Beseitigungsanspruch und Unterlassungsanspruch gegen jeden Störer (§ 1004 BGB);
- den Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB gegen jeden Verletzer.

Das ist wahrhaft absolut und umfassend.

Absolute Rechte jenseits des Sachenrechts bieten das Urheberrecht oder das Patentrecht. Damit sichert die Rechtsordnung dem Denker, Künstler und Erfinder die Früchte seiner denkerischen und künstlerischen Tätigkeit. Man spricht hier auch vom Schutz „geistigen Eigentums“. Der Schutz ist in besonderen Gesetzen geregelt.

### **3. Besitz**

Nur mit Blick auf Sachen kennt das Recht ein weiteres Phänomen: den Besitz. Mit ihm beginnt das Sachenrecht des BGB. Der Besitz ist streng vom Eigentum zu unterscheiden. Mit dem Besitz bezeichnet man kein Recht, sondern die tatsächliche Gewalt über eine Sache. Wer diese tatsächliche Gewalt unmittelbar ausübt, ist der unmittelbare Besitzer. Er kann die Sache als eigene besitzen (§ 872 BGB) oder das höhere Recht eines anderen anerkennen. Im letzteren Fall ist er Fremdbesitzer. Eigenbesitz und Fremdbesitz hängen allein vom Besitzwillen des unmittelbaren Besitzers ab. Hat der unmittelbare Besitzer Fremdbesitzerwillen, dann ist derjenige, dessen Stellung auf diese Weise anerkannt wird, mittelbarer Besitzer (§ 868 BGB).

Diese einfache Zweiteilung wird ergänzt durch die Besitzdienerschaft (§ 855 BGB), in der derjenige, der nach natürlicher Betrachtung der Besitzer ist, vom Gesetz doch nicht als Besitzer behandelt wird. Den eigentlichen Grund für diese Regelung findet man nicht im Besitzrecht, sondern im Recht des Eigentumserwerbs. Wenn der Besitzdiener nicht Besitzer ist, dann sind Sachen, die



er dem Besitzer (der Herrschaft) entzieht, dem Eigentümer abhanden gekommen. Und an abhanden gekommenen Sachen ist nach § 935 Abs. 1 BGB kein gutgläubiger Eigentumserwerb möglich.

#### **4. Verpflichtung und Verfügung**

Werfen wir abschließend noch einen kurzen Blick auf die Rechtsobjekte als Gegenstand des Geschäftsverkehrs. Hier interessiert uns vor allem die Übertragung eines Rechts von einer Person auf eine andere. Dabei stoßen wir zunächst auf das Trennungs- und Abstraktionsprinzip. Danach unterscheiden wir die (schuldrechtliche) Verpflichtung zur Übertragung eines Rechts von der Übertragung selbst, die wir eine Verfügung nennen. Beide gehorchen je getrennten Regeln.

Man kann nicht nur Sachen verkaufen, sondern auch Rechte. Es gibt den Sachkauf und den Rechts- oder Forderungskauf. Das Verpflichtungsgeschäft, der eigentliche Kauf, ist jeweils im Schuldrecht der §§ 433 ff. BGB geregelt. Das Verfügungsgeschäft folgt eigenen Regeln (Trennungsprinzip). Das mag dazu führen, dass das Verfügungsgeschäft wirksam ist, obwohl es an einem wirksamen Verpflichtungsgrund fehlt (Abstraktionsgrundsatz). Das Verfügungsgeschäft bei Forderungen ist die Abtretung der §§ 398 ff. BGB. Das Verfügungsgeschäft bei Sachen ist die Eigentumsübertragung, die für bewegliche Sachen in §§ 929 ff. BGB und für Grundstücke in §§ 925 ff. BGB geregelt ist und jeweils aus einer Einigung (sachenrechtlicher Vertrag) und einem weiteren Element besteht (Übergabe, Eintragung).

#### **5. Trennungsprinzip und Abstraktionsgrundsatz**

Wir unterscheiden die schuldrechtliche Verpflichtung, etwas zu tun, von den Handlungen, die erforderlich sind, um das geschuldete Tun zu realisieren, die Verpflichtung zu erfüllen. Bei der Verpflichtung zu Rechtsübertragungen sind das die Verfügungsgeschäfte. Das Trennungsprinzip bedeutet, dass die jeweiligen Geschäfte nach ihren eigenen Gültigkeitsregeln zu beurteilen sind, das Abstraktionsprinzip, dass ein Verfügungsgeschäft auch dann gültig sein kann, wenn das Verpflichtungsgeschäft ungültig ist. Wenn uns das Trennungsprinzip und der Abstraktionsgrundsatz lehren, dass wir das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft und das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft unterscheiden, dann gibt es mit Blick auf die Rechtswirksamkeit der Geschäfte vier Kombinationsmöglichkeiten.

### Kombination 1

Bei der ersten geht alles glatt. Das Verpflichtungsgeschäft und das Verfügungsgeschäft sind wirksam. Hier liegt in der Verfügung die Erfüllung der Verpflichtung, die nach § 362 Abs. 1 BGB zum Erlöschen des Schuldverhältnisses führt.

### Kombination 2

Bei der zweiten geht alles schief. Das Verpflichtungsgeschäft und das Verfügungsgeschäft sind wegen der Beteiligung eines unerkannt Geisteskranken unwirksam (§§ 104, 105 BGB). Das ergibt folgende Rechtsfolgen.

Beim Rechtskauf passiert gar nichts, weil der Kaufvertrag und die Abtretung keine Rechtswirkungen entfalten. Es hat sich nichts verändert, so dass auch kein Bedarf für eine Rückgängigmachung besteht.

Beim Sachkauf einer beweglichen Sache hat der Käufer den Besitz erlangt. Das Eigentum ist beim Verkäufer geblieben. In dieser Situation greift der Eigentumsherausgabeanspruch des § 985 BGB.

Beim Grundstückskauf ist der Käufer in das Grundbuch eingetragen worden. Das Eigentum an dem Grundstück hat er aber nicht erlangt, da die Einigung unwirksam war. Das Grundbuch ist falsch. In dieser Situation greift der Grundbuchberichtigungsanspruch des § 894 BGB. Sollte der Käufer das Grundstück auch in Besitz genommen haben, kommt weiters ein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB zum Zuge.

### Kombination 3

Bei der dritten Kombination ist das Verpflichtungsgeschäft rechtswirksam und das Verfügungsgeschäft unwirksam. Hier ist der Käufer noch nicht Inhaber des ihm versprochenen Rechts geworden. Er hat aber immer noch den Erfüllungsanspruch aus dem wirksamen Kaufvertrag. Wenn der Verkäufer die für die Erfüllung erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen nicht (mehr) abgeben kann, so ist sein gesetzlicher Vertreter (Betreuer) gefordert, dies für ihn zu tun.

### Kombination 4

Bei der vierten Kombination schließlich ist das Verpflichtungsgeschäft unwirksam und das Verfügungsgeschäft wirksam. Dass die Kombination überhaupt möglich

ist, verdanken wir dem Abstraktionsgrundsatz, wonach das Verfügungsgeschäft in seiner Wirksamkeit nicht von der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts abhängt, vom Verpflichtungsgeschäft abstrakt ist. Hier kann es weder den Eigentumsherausgabeanspruch noch den Grundbuchberichtigungsanspruch geben. Denn der Käufer ist Eigentümer geworden und das Grundbuch ist richtig. Was fehlt, ist der Rechtsgrund für die vom Käufer erworbenen Rechte. Was man ohne Rechtsgrund erworben hat, muss man nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB) herausgeben. Dabei geht der Anspruch nicht nur auf Herausgabe (bei Sachen), sondern auf Rückübertragung der erworbenen Rechte.



# *Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen*

---

## *I. Die Vertragsautonomie*

Im BGB herrscht der Grundsatz der Privatautonomie, d.h. dem Einzelnen wird ermöglicht, seine Rechtsverhältnisse selbständig und nach seinem Willen durch Rechtsgeschäft zu gestalten. Letztlich ist dies ein Ausdruck der in Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbestimmung und Handlungsfreiheit.

Ein Aspekt der Privatautonomie ist die Vertragsfreiheit (Vertragsautonomie): Jeder hat das Recht, frei darüber zu entscheiden, ob und auch mit wem er Verträge abschließen will (Abschlussfreiheit), sowie die Freiheit, den Inhalt der von ihm abgeschlossenen Verträge (im Einverständnis mit seinem Vertragspartner) zu bestimmen (Gestaltungsfreiheit).

Die Vertragsfreiheit muss allerdings dann ihre Schranken finden, wenn überragende Interessen der Allgemeinheit oder grundlegende Wertentscheidungen der Rechtsordnung gefährdet sind, bzw. wenn die Intention der Vertragsfreiheit, die Selbstbestimmung des Einzelnen zu ermöglichen, grundlegend bedroht ist.

Beschränkungen der Abschlussfreiheit sind in zwei Richtungen denkbar: als Abschlusszwang oder als Abschlussverbot. Ein Abschluss- bzw. Kontrahierungszwang kommt in denjenigen Fällen in Betracht, in denen ein

Einzelner allein Leistungen anzubieten vermag, die zur Erfüllung lebensnotwendiger Bedürfnisse erforderlich sind. Teilweise finden sich aus diesem Grund gesetzlich normierte Abschlusszwänge (Bsp.: § 22 Personenbeförderungsg, § 2 Abs. 1 EnergiewirtschaftG). Umstritten ist, ob und inwieweit Abschlusszwänge auch über die gesetzlich normierten Beispiele hinaus bejaht werden können. Abschlussverbote finden sich beispielsweise zum Schutz von Jugendlichen in den §§ 22 ff. Jugendarbeitsschutzgesetz. Verträge, in denen Jugendliche zu bestimmten gefährlichen oder gesundheitsschädlichen Arbeiten verpflichtet werden, sind danach verboten und gemäß § 134 BGB nichtig.

Auch die Gestaltungsfreiheit hat ihre Grenzen, wenn ein Vertrag seinem Inhalt nach die genannten höherrangigen Interessen verletzt. Beispiel sind die Gültigkeitsschranken der §§ 134, 138 BGB (vgl. hierzu u. Kapitel 6).

Ein weiterer wichtiger Aspekt der Privatautonomie ist die sog. Testierfreiheit, also die Freiheit des Einzelnen durch Verfügung von Todes wegen über sein Vermögen für den Todesfall zu bestimmen. Sie wird durch das Pflichtteilsrecht der §§ 2303 ff. BGB eingeschränkt.

---

## *II. Rechtsgeschäfte*

Rechtsgeschäfte kennzeichnen den Bereich rechtlich relevanter Handlungen, in dem Rechtsfolgen deshalb eintreten, weil sie so von dem oder den Handelnden gewollt sind. Es ist der genuine Bereich der Privatautonomie. Hier gilt der Grundsatz der Selbstbestimmung und nicht der Grundsatz der Fremdbestimmung.

### **1. Allgemeines**

#### *a. Primärschuldverhältnisse und Sekundärschuldverhältnisse*

Die gewollten Rechtsfolgen beschränken sich in der Regel auf die primären Leistungspflichten und sparen die sekundären Pflichten aus. Auf die Sekundärebene wird man immer gestoßen, wenn auf der Primärebene etwas schief geht. Damit ist nicht die Situation gemeint, dass der Verpflichtete seiner Verpflichtung nicht nachkommen will, obwohl er das könnte. Dieser Situation hilft man mit einer Erfüllungsklage ab, die in ein Urteil mündet, das alsdann die Grundlage für die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner bilden kann. Zur Sekundärebene dringt man vor, wenn die Erfüllung gar nicht mehr möglich

(Unmöglichkeit) oder nur noch verspätet möglich (Verzug) oder aber nicht ganz so erfolgt, wie man das nach dem Pflichtenprogramm erwarten durfte (Schlechtleistung). An diese Situationen denkt man in der Regel nicht, wenn man Leistungsversprechen gibt oder empfängt. Für sie stellt deshalb der Gesetzgeber eine Ersatzordnung bereit (Fremdbestimmung).

### *b. Die Arten der Rechtsgeschäfte*

Die Rechtsgeschäfte lassen sich einmal danach differenzieren, ob eine oder mehrere Personen an ihnen beteiligt sind, und zum anderen danach, in welchem Bereich des Rechts sie vorkommen.

**Einseitige Rechtsgeschäfte** sind das Testament, mit dem der Erblasser die Rechtsverhältnisse nach seinem Tode regelt, die Auslobung (§ 657 BGB), die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses oder die Anfechtung einer Willenserklärung (§ 142 BGB). Einseitig ist auch eine Mahnung, die nach § 286 Abs. 1 BGB den Verzug des Schuldners herbeiführt. Sie ist aber kein Rechtsgeschäft, weil die Verzugsfolgen unabhängig davon eingreifen, ob der Mahnende sie gewollt hat. Man zählt die Mahnung zu den geschäftsähnlichen Handlungen.

Bei den **mehrseitigen Rechtsgeschäften** kommen Beschlüsse und Verträge in das Blickfeld. Verträge kennt das Erbrecht (Erbverträge und Erbverzichtsverträge), das Familienrecht (Verlöbnis, Ehe, Güterrechtsverträge), das Sachenrecht (Einigung zur Eigentumsübertragung) und natürlich das Schuldrecht (§ 311 BGB).

Im Schuldrecht unterscheiden wir die Verträge danach, ob sie Pflichten nur für eine Seite begründen (Schenkung, Bürgschaft und unentgeltliche Verwahrung) oder aber für beide Seiten. Wenn die beiderseitigen Verpflichtungen im Gegenseitigkeitsverhältnis zueinander stehen (Begründung der einen Verpflichtung wegen der anderen: do ut des), sprechen wir von einem Synallagma oder auch von synallagmatischen Verpflichtungen. Diese bestehen z.B. bei der Pflicht des Käufers zu zahlen und der Pflicht des Verkäufers, die Kaufsache zu übereignen, der Pflicht des Vermieters, die Mietsache zu überlassen, und der Pflicht des Mieters, die Miete zu zahlen, nicht aber zwischen der Pflicht des Verleihers, die Leihsache zu überlassen, und der Pflicht des Entleihers, die geliehene Sache nach Ablauf der Leihzeit wieder zurückzugeben.

Die Unterscheidung zwischen den gegenseitigen Pflichten und den nicht im synallagmatischen Verhältnis stehenden Pflichten ist dem Umstand geschuldet, dass die Rechtsfolgen danach differenziert werden, ob es sich um gegenseitige

Pflichten handelt oder nicht. Die §§ 320 bis 326 BGB stellen Sonderregelungen für die gegenseitigen Verträge auf.

## 2. Die Willenserklärung im System der Rechtsgeschäftslehre

Die Rechtsgeschäftslehre beschäftigt sich mit Rechtsakten, die eine gewollte Rechtsfolge herbeiführen (=Rechtsgeschäft). Jedes Rechtsgeschäft besteht aus zumindest einer Willenserklärung. Die Willenserklärung nimmt daher als notwendiger Bestandteil und Grundbaustein jeden Rechtsgeschäfts eine zentrale Stellung im System der Rechtsgeschäftslehre ein. Dementsprechend kann man die Rechtsgeschäfte danach unterscheiden, aus wie vielen Willenserklärungen sie zusammengesetzt sind. Besteht ein Rechtsgeschäft aus nur einer einzigen Willenserklärung, so spricht man von einem einseitigen Rechtsgeschäft (Beispiele: Testament, Kündigung eines Vertrages, Rücktritt von einem Vertrag etc.), setzt sich das Rechtsgeschäft aus mehreren Willenserklärungen zusammen, so spricht man von einem mehrseitigen Rechtsgeschäft (Beispiele: Kaufvertrag als zweiseitiges Rechtsgeschäft, Gesellschaftsvertrag als zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft je nach der Anzahl der Gesellschafter).

Die grundlegende Bedeutung der Willenserklärung macht es erforderlich, den Begriff, die Eigenschaften und die Merkmale einer Willenserklärung genauer zu untersuchen. Im Allgemeinen wird die Willenserklärung als Kundgabe eines Willens, der darauf gerichtet ist, eine bestimmte Rechtsfolge herbeizuführen, definiert. Dabei lässt sich die Willenserklärung theoretisch in einen objektiven und in einen subjektiven Erklärungstatbestand zerlegen. Diese Einteilung ist deshalb theoretisch, weil in der Wirklichkeit die Willenserklärung lediglich als ein bestimmtes menschliches Verhalten in Erscheinung tritt, hinter dem ein für den außen stehenden Betrachter nicht ohne Weiteres erkennbarer Wille des Kundgebenden steht. Dabei wird der Kundgabeakt als objektiver und der dahinter stehende Wille als subjektiver Tatbestand bezeichnet. Als objektiver Erklärungstatbestand kommt somit jedes menschliche Verhalten in Betracht, das den Schluss auf einen bestimmten Rechtsfolgewillen zulässt. Dieses Verhalten kann von einer **ausdrücklichen Erklärung** (Beispiel: Der Käufer erklärt dem Kfz-Händler: „Ich möchte diesen Pkw für 15.000 € kaufen“) bis zu einem im Kontext der jeweiligen Situation schlüssigen Verhalten reichen (= **konkludentes Verhalten** wie z.B. Nicken auf ein Vertragsangebot hin, Erheben des rechten Armes bei einer Versteigerung, Vorlegen einer Ware am Kassenschalter eines Kaufhauses etc.).



Der subjektive Erklärungstatbestand wird in den meisten Lehrbüchern in **Handlungswillen, Erklärungsbewusstsein** und **Geschäftswillen** unterteilt, die im Folgenden näher dargestellt werden:

*a. Handlungswille*

Unter Handlungswillen versteht man das Bewusstsein und den Willen des Erklärenden, eine bestimmte Handlung zu vollziehen. Hat jemand eine Erklärung ohne Handlungswillen abgegeben, so ist diese Erklärung keine Willenserklärung. Dies wird in der Praxis allerdings nur selten einmal der Fall sein. Als Beispiele für Erklärungen ohne Handlungswillen findet man in den Lehrbüchern denn auch meist nur Fälle wie die Abgabe eines Vertragsangebotes unter Hypnose, die Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Erklärung im Tiefschlaf oder auf Grund einer willentlich nicht steuerbaren Reflexhandlung. In all diesen Fällen, in denen der Erklärende nicht einmal handeln wollte, liegt natürlich keine Willenserklärung vor. Einzig praxisrelevant erscheinen in diesem Zusammenhang die Fälle, bei denen jemand eine Handlung unter einer unmittelbar auf ihn einwirkenden körperlichen Gewalt („vis absoluta“) vornimmt, wobei bildlich gesprochen sein Körper als bloßes Werkzeug benutzt wird. Das kommt z.B. dann in Betracht, wenn der Neffe seine altersschwache Tante durch gewaltsames Führen der Hand dazu zwingt, ein ihn begünstigendes Testament niederzuschreiben.

*b. Erklärungsbewusstsein*

Weitaus häufiger als am Handlungswillen kann es am Erklärungsbewusstsein fehlen. Hierunter versteht man das Bewusstsein, eine rechtserhebliche Erklärung abzugeben. Welche Folgen das fehlende Erklärungsbewusstsein für das Vorliegen einer Willenserklärung hat, ist in Rechtsprechung und Lehre umstritten. Allerdings fehlte es lange an einer höchstrichterlichen Stellungnahme zu dieser Frage. 1984 hatte der Bundesgerichtshof (BGH) jedoch die Gelegenheit, in einem Grundsatzurteil in diesem Streit Position zu beziehen. Der für die Zwecke der Vorlesung abgewandelte und vereinfachte Sachverhalt, der diesem Urteil zugrunde lag (vgl. BGHZ 91, 324), soll uns im Folgenden dazu dienen, das Problem zu veranschaulichen:

Fall (angelehnt an BGHZ 91, 324):

Das Unternehmen A stellt in großem Umfang Stahlhallen her und ist mit mehreren Zweigstellen in der Bundesrepublik vertreten. Sie bezieht bestimmte Trägerteile traditionell von einem größeren Zulieferbetrieb. Im Rahmen einer „neuen

Geschäftspolitik“ hat die Unternehmensleitung Gespräche mit mehreren anderen Unternehmen im näheren Einzugsbereich der jeweiligen Zweigstellen geführt und dabei Angebote von diesen eingeholt.

Am 8. September 1981 richtete eine Zweigstelle der A folgendes Schreiben an die B:

„Unser Kaufvertrag über Trägerteile für Stahlhallen zu einem Kaufpreis von 1,5 Millionen DM. Wir haben Ihr Angebot über die Lieferung von Trägerteilen für 1,5 Mio DM angenommen.

Wir wären Ihnen daher für eine kurze Mitteilung sehr verbunden, wie Sie sich die nähere Vertragsabwicklung vorstellen.“

Die B antwortete darauf am 17.09.1981:

„Wir danken Ihnen für Ihr Schreiben vom 08.09.81 und haben gerne zur Kenntnis genommen, daß Sie unser Angebot über die Lieferung von Trägerteilen für 1,5 Mio DM angenommen haben.

Bezüglich der näheren Vertragsabwicklung werden wir in den nächsten Tagen mit genaueren Angaben an Sie herantreten.“

Am 24. September 1981 schrieb daraufhin die A:

„Zu Ihrem Schreiben vom 17.09.1981 teilen wir Ihnen mit, daß wir mit Ihnen keinen Kaufvertrag über Trägerteile für Stahlhallen zu einem Preis von 1,5 Millionen DM abgeschlossen haben. Die in Ihrem Schreiben angeführten Ausführungen treffen daher nicht zu.“

Nachdem die B am 28. September auf den Widerspruch zum Schreiben vom 8. September hingewiesen hatte, entgegnete die A am 6. Oktober 1981:

„Bei dem Schreiben vom 8. September ging unsere Zweigstelle davon aus, daß mit Ihnen bereits ein von der Unternehmensleitung geschlossener Vertrag besteht. Diese Annahme beruhte auf einem Irrtum. Wie Sie selbst wissen war in den Vormonaten der Abschluß eines Vertrages mit Ihnen im Gespräch. Dieser kam jedoch nie zustande....“

Nehmen wir an, dass beide Parteien auf ihrem jeweiligen Standpunkt bestehen und dass darüber hinaus die Angaben der A zutreffen und von ihr im Prozess auch bewiesen werden könnten, so stellt sich die Situation rechtlich wie folgt dar: Das Schreiben der A erfüllt den objektiven Tatbestand einer Willenserklärung, die in der Annahme eines Vertragsangebotes besteht. Diesen Tatbestand hat die Zweigstelle der A auch mit Handlungswillen gesetzt. Jedoch fehlte es ihr in diesem

Moment an dem Bewusstsein, eine rechtserhebliche Erklärung abzugeben, ging sie doch davon aus, der in Rede stehende Vertrag sei längst geschlossen. Vielmehr wollte die Zweigstelle lediglich eine Wissenserklärung (Tatsachenmitteilung) abgeben, um die nähere Vertragsabwicklung mit der B in die Wege zu leiten. Somit stellt sich die Frage, ob die von der A im Schreiben vom 8. September abgegebene Erklärung eine vollständige Willenserklärung darstellt, obwohl es der A bei Abgabe der Erklärung am Erklärungsbewusstsein mangelte. Das führt zu dem in Rechtsprechung und Lehre umstrittenen Problem, ob das Erklärungsbewusstsein zum subjektiven Tatbestand und damit zu den notwendigen Voraussetzungen einer Willenserklärung gehört.

Dafür, dass das Erklärungsbewusstsein unverzichtbarer Bestandteil einer Willenserklärung ist, könnte man anführen, dass das BGB schon um seiner liberalen Entstehungsgeschichte willen ganz entscheidend auf dem Gedanken der Privatautonomie und der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung des Einzelnen aufbaut. Damit erscheint es aber kaum vereinbar, jemanden an einer Erklärung festzuhalten, die er gar nicht als rechtserhebliche erkannt und gewollt hat. Darüber hinaus scheint die Vorschrift des § 118 BGB ein ganz ähnliches Problem in diesem Sinne zu regeln, wenn sie anordnet: „Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig.“ Immerhin gibt derjenige, der eine Erklärung nur zum Scherz abgibt, ebenfalls eine Erklärung ohne Erklärungsbewusstsein ab, und man könnte daher aus § 118 BGB folgern, dass das BGB das Erklärungsbewusstsein für einen konstitutiven Bestandteil jeder Willenserklärung hält. All diese Erwägungen sprechen dafür, mit der **subjektiven Theorie** (Willentheorie) das Erklärungsbewusstsein zur notwendigen Bedingung für das Vorliegen einer Willenserklärung zu erklären.

Allerdings stehen diesen Argumenten auch beachtliche Einwände entgegen. So läuft etwa die Argumentation mit § 118 BGB darauf hinaus, aus dieser Vorschrift einen dem BGB zugrunde liegenden allgemeinen Gedanken herzuleiten, obgleich anerkannt ist, dass es sich bei dieser Norm um eine dem Verkehrsschutz zuwiderlaufende Ausnahmegesetzgebung handelt. Ausnahmegesetzgebungen darf man aber ihrem Wesen nach nicht dazu heranziehen, aus ihnen allgemeine Regeln abzuleiten; sie sind vielmehr grundsätzlich eng auszulegen und können allenfalls in einer der Ausnahmesituation vergleichbaren Situation entsprechend herangezogen werden (*singularia non sunt extendenda sine necessitate*). Demgegenüber könnte man das fehlende Erklärungsbewusstsein mit einem Irrtum gemäß § 119 Abs. 1 BGB vergleichen und anführen, dass der Irrtum über den Inhalt einer abgegebenen Erklärung und der Irrtum darüber, überhaupt eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben zu haben, strukturell so ähnlich gelagert sind, dass eine

Gleichbehandlung dieser Fälle geboten erscheint. Demnach würde das fehlende Erklärungsbewusstsein das Vorliegen einer Willenserklärung nicht hindern und allenfalls zur Anfechtbarkeit der Erklärung unter Ersatz des Vertrauensschadens entsprechend § 122 BGB führen (so die **objektive Theorie**).

Vertrauensschadensersatz nach § 122 BGB muss allerdings auch derjenige leisten, der sich eine nichtige Scherzerklärung nach § 118 BGB geleistet hat. Wenn man den Unterschied einer Lösung der Erklärungsbewusstseinsproblematik nach § 118 BGB oder nach § 119 BGB wirklich auf den Punkt bringen will, so liegt er nicht im Vertrauensschutzgedanken, denn beide Lösungen führen zum Vertrauensschadensersatz, sondern in der Entscheidungsmöglichkeit des Erklärenden, an seiner Erklärung, die er ursprünglich so nicht wollte, festzuhalten. Die hat er nur bei der Anwendung des § 119 BGB. Dieses Privileg demjenigen zu versagen, der bewusst etwas zum Scherze tut, leuchtet unmittelbar ein. Es auch dem zu versagen, der sich nicht bewusst war, etwas rechtlich Relevantes zu erklären, führt in einen Wertungswiderspruch zum Rechtsgedanken des § 119 BGB. Dem Verkehr ist eher damit gedient, das Rechtsgeschäft bestehen zu lassen, wenn es der Irrende nach Aufklärung so will. Das gilt für das Erklärungsbewusstsein ebenso wie für den Willen. Lediglich der Scherzende wird von diesem Privileg ausgenommen.

Der BGH hat sich für keine dieser extremen Lösungen entschieden, sondern statt dessen danach gefragt, welches Prinzip es rechtfertigen könnte, den Grundsatz der **Privatautonomie**, den die subjektive Theorie anführt, einzuschränken. Dies ist erkennbar das Prinzip des Vertrauensschutzes des Erklärungsempfängers, der auf die Rechtserheblichkeit der Willensäußerung vertraut und nicht erkennen kann, ob die Willenserklärung mit oder ohne Erklärungsbewusstsein abgegeben wurde. Dogmatisch absichern kann der BGH den Rückgriff auf das Prinzip des **Vertrauensschutzes** durch den folgenden einfachen Gedanken: Wenn das BGB auf der Idee der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung beruht, so kann es diese nicht schrankenlos gewährleisten, sondern nur so weit, bis Rechte anderer, insbesondere deren Selbstbestimmung, berührt werden. Die Selbstbestimmung wird also nicht schrankenlos gewährt, sondern durch die Selbstverantwortung für eigenes Tun beschränkt. Daraus folgt, dass es nicht einzusehen ist, warum jemand nicht grundsätzlich an einer ohne Erklärungsbewusstsein abgegebenen Willenserklärung festgehalten werden soll, wenn er unter Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass seine Erklärung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden würde und der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat (vermittelnde Auffassung). Einer unverhältnismäßigen Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts beugt der BGH dadurch vor, dass er dem Erklärenden,

der ohne Erklärungsbewusstsein eine wirksame Willenserklärung abgibt, die Möglichkeit der Anfechtung gemäß §§ 119, 121, 143 BGB eröffnet.

Überträgt man diese Erwägungen auf den vorliegenden Fall, so ist das Schreiben der A vom 8. September nur nach der subjektiven Theorie keine Willenserklärung. Nach der objektiven Theorie dagegen handelt es sich um eine Willenserklärung, die aber anfechtbar ist. Was aber ergäbe sich nach der Auffassung des BGH? Mit dem BGH müsste man fragen, ob die A bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte hätte erkennen können, dass ihr Schreiben von der B als Annahme ihres Angebotes aufgefasst werden musste. Dabei wird man sagen müssen, dass das Schreiben seinem Wortlaut nach eindeutig eine Annahmeerklärung zu einem Vertragsangebot darstellte. Die sehr fernliegende Auslegung der Erklärung, die Zweigstelle wolle bloß ihre Kenntnis von einem bereits erfolgten Vertragsschluss mitteilen, musste nach Treu und Glauben für die B ausscheiden, da sie bereits zuvor mit der A Gespräche über einen möglichen Vertrag geführt hatte, ohne dass dabei ein Vertragsschluss erfolgt wäre. Somit hat die A nach Ansicht des BGH eine Willenserklärung abgegeben, die sie nach § 119 I BGB anfechten kann.

Als typisches Schulbeispiel für fehlendes Erklärungsbewusstsein wird in den Lehrbüchern immer wieder gerne auf den Fall der „**Trierer Weinversteigerung**“ verwiesen, bei dem ein Ortsunkundiger, mit den örtlichen Sitten unvertrauter Gast in einem Weinlokal durch Aufheben eines Armes einem Freund zuwinkt, was dazu führt, dass man ihm den Zuschlag erteilt, weil nach der Verkehrssitte bei entsprechenden Versteigerungen das Aufzeigen des Armes als Angebot gewertet wird. In der Sache ist der Fall genau so zu lösen wie der vorangegangene Fall: Da dem Gast bei dem Zuwinken das Bewusstsein fehlte, rechtsgeschäftlich zu handeln, er aber unter Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nach Treu und Glauben und der in der Region üblichen Verkehrssitte hätte erkennen können, dass in dem Lokal gerade eine Weinversteigerung ablief, bei der Handaufheben als Abgabe eines Angebotes gewertet wird, kann ihm das Handzeichen als Willenserklärung zugerechnet werden. Will es der Gast dabei belassen, so ist damit ein Kaufvertrag über den Wein zustande gekommen. Allerdings kann der Gast auch seine Willenserklärung gemäß § 119 I BGB anfechten, da er sich über die Bedeutung seiner Handlung geirrt hat.

### *c. Geschäftswillen*

Unter dem Geschäftswillen versteht man den Willen, eine ganz bestimmte Rechtsfolge herbeizuführen. Anders als beim Erklärungsbewusstsein genügt somit für den Geschäftswillen die Vorstellung, irgendeine rechtserhebliche Erklärung

abzugeben, nicht, vielmehr muss der Wille des Erklärenden auf ein ganz bestimmtes Rechtsgeschäft konkretisiert sein. Ein Beispiel für einen Irrtum über den Geschäftswillen wäre z.B., dass jemand eine bestimmte Ware aus einem Katalog bestellen will, sich aber bei der Angabe der Bestellnummer auf dem Bestellzettel verschreibt. Ein solcher Irrtum lässt allerdings die Wirksamkeit einer Willenserklärung unberührt und führt allenfalls zu deren Anfechtbarkeit. Aus diesem Grunde ist in der Lehre umstritten, ob der Geschäftswille überhaupt zum subjektiven Tatbestand einer Willenserklärung gehört. Die weitaus herrschende Meinung bejaht dies, wenngleich diese Autoren nicht recht zu begründen vermögen, warum der Geschäftswille einerseits zum Tatbestand der Willenserklärung gehören soll, seine Fehlerhaftigkeit andererseits aber den rechtlichen Bestand der Willenserklärung unberührt lässt. Die saubere Lösung ist die: Der Geschäftswille gehört nicht zu den Tatbestandsvoraussetzungen einer Willenserklärung.

**Klausurtaktisches.** Für die Prüfung der Wirksamkeit einer Willenserklärung in einer **Klausur** muss man unbedingt beachten, dass die vorgenannten Bestandteile des objektiven und subjektiven Tatbestandes einer Willenserklärung meist unproblematisch gegeben sind. In einem solchen Fall ist es ungeschickt und hinterlässt einen schlechten Eindruck, wenn sie dennoch mechanisch „abgeklappert“ werden. Steht etwa im Klausursachverhalt: „V bietet dem K in einem Brief den Kauf eines Pkw zum Preis von 5000 EUR an“, so verbietet es sich, den objektiven und subjektiven Tatbestand dieses Vertragsangebotes des V umfassend zu prüfen. Man kann dann einfach das Vorliegen einer wirksamen Willenserklärung im **Urteilsstil** feststellen. Etwa so: „In dem Brief des V an K ist unproblematisch ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages über einen Pkw zum Preis von 5000 EUR zu sehen“. Klausurrelevant werden die objektiven und subjektiven Elemente der Willenserklärung also immer nur dann, wenn eines dieser Elemente fraglich ist. Dann empfiehlt es sich, alle Merkmale in der gebotenen Kürze abzuhandeln und das fragliche Element zu problematisieren. Beliebte sind dabei insbesondere Klausuren, bei denen der „Rechtsbindungswillen“ im objektiven Tatbestand oder das Erklärungsbewusstsein im subjektiven Tatbestand näher zu untersuchen sind. Klausuren, bei denen dagegen etwa der „Handlungswille“ eine Rolle spielt, dürften demgegenüber sehr selten sein.

### **3. Empfangsbedürftige und nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen**

Das BGB unterscheidet die Willenserklärungen danach, ob sie „einem anderen gegenüber abzugeben“ sind (vgl. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB). Letzteres trifft fast auf

alle Willenserklärungen zu. Die Willenserklärungen, die einem anderen gegenüber abzugeben sind, bezeichnet man als „**empfangsbedürftige Willenserklärungen**“. Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie erst dann eine Rechtsfolge auslösen können, wenn sie einer anderen Person zugegangen sind. Nichtempfangsbedürftig sind nur wenige Willenserklärungen. Typische Beispiele hierfür sind das Testament (§§ 1937, 2229 ff.) und die Auslobung (§ 657 BGB). Relevant wird der Unterschied zwischen empfangs- und nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen insbesondere bei Abgabe und Zugang sowie bei der Auslegung der Willenserklärung.

### *a. Abgabe einer Willenserklärung*

**Fall:** Die Brüder A und B benutzen gemeinsam einen Computer. Als A auf eine längere Reise geht, fällt B auf, dass A eine E-Mail noch nicht abgesandt hat. Da B an ein Versehen von A glaubt, sendet er die Mail ohne Weiteres ab. Bei der Mail handelte es sich um die Bestellung eines Zeitschriftenabonnements, die A bewusst noch nicht abgesandt hatte, da er sich das mit der Bestellung noch einmal überlegen wollte. A meint, er habe doch wohl keine Willenserklärung abgegeben.

Verdeutlicht man sich noch einmal, dass der grundlegende Unterschied zwischen empfangsbedürftigen und nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen darin besteht, dass die letzteren von niemandem wahrgenommen werden müssen, um einen rechtlichen Erfolg zu bewirken, so wird klar, dass sich dieser Unterschied gerade auf die Voraussetzungen von Abgabe und Zugang einer Willenserklärung auswirken muss. Eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung ist daher schon abgegeben, wenn sie von dem Erklärenden „in die Welt gesetzt“ wird. So ist etwa die Willenserklärung „Testament“ bereits dann abgegeben, wenn der Erblasser seinen letzten Willen niederschreibt.

Bei einer auf Kenntnisnahme angewiesenen Erklärung kann das nicht reichen. Im Falle einer empfangsbedürftigen Willenserklärung ist somit zur Abgabe erforderlich, dass der Erklärende alles den Umständen nach Gebotene getan hat, damit die Erklärung den Empfänger erreichen kann. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Erklärende dem Adressaten die Erklärung in Form eines Schriftstücks übergibt, wenn er sie in einem ordnungsgemäß beschrifteten und frankierten Umschlag an den Adressaten absendet oder wenn er sie als E-Mail an die korrekte E-Mail-Adresse absendet.

Im Beispielsfall hat A zwar die Mail als Entwurf erzeugt. Da die Bestellung aber eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, hat dies für eine „Abgabe“ noch nicht genügt. Auch in der Absendung der Mail durch B kann man keine Abgabe einer Willenserklärung durch A sehen, denn dazu wäre es erforderlich, dass A

selbst die Erklärung willentlich „auf den Weg gebracht“ hat. Genau das war aber nicht der Fall; die Willenserklärung ist A vielmehr „abhanden gekommen“. Manche Autoren wollen jedoch für diesen Fall auf das Moment der willentlichen Entäußerung verzichten und eine abhanden gekommene Willenserklärung immer als wirksam abgegebene Willenserklärung behandeln, die der Erklärende jedoch nach § 119 Abs. 1 BGB anfechten könne. Dadurch wird es ihnen möglich, dem vertrauenden Empfänger, der der Willenserklärung ja nicht ansehen kann, dass sie abhanden gekommen ist, über § 122 BGB den Vertrauensschaden zu ersetzen. Um das Vertrauen des Erklärungsempfängers zu schützen, dürfte es aber nicht erforderlich sein, eine Willenserklärung zu „konstruieren“. Statt dessen werden auch Lösungen über eine analoge Anwendung des § 122 BGB (die hier erforderlich wäre, weil man das Vorliegen einer Willenserklärung verneint) oder über Ersatz des Vertrauensschadens aus dem Schuldverhältnis der culpa in contrahendo (Verschulden bei Vertragsverhandlungen) diskutiert, die diesem billigenwerten Anliegen ebenso Rechnung tragen. Demnach hat A durch das Absenden der Mail durch seinen Bruder B keine Willenserklärung abgegeben.

Bedeutsam ist der Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung auch dann, wenn es darum geht, ob bestimmte Gültigkeitsmängel einer Willenserklärung in der Person des Erklärenden verwirklicht waren. So muss z.B. die Rechtsfähigkeit des Erklärenden (§ 1 BGB) nur bei der Abgabe der Willenserklärung gegeben sein. Daher ist es gemäß § 130 Abs. 2 BGB auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung ohne Einfluss, dass der Erklärende nach der Abgabe der Erklärung gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist.

### *b. Zugang einer Willenserklärung*

Das BGB regelt in § 130 Abs. 1 Satz 1, dass eine Willenserklärung unter Abwesenden in dem Zeitpunkt wirksam wird, in dem sie dem Erklärungsempfänger „zugeht“. Liest man diese Vorschrift unbefangen, so könnte man dem Wortsinn des Merkmals „Zugang“ entsprechend leicht auf die Idee kommen, dass Zugang gleichbedeutend mit tatsächlicher Kenntnisaufnahme sei. Einem solchen Verständnis widerspricht jedoch der tiefere Sinn, der mit dem Merkmal „Zugang“ verfolgt wird, nämlich das Risiko des Verlusts der Erklärung zwischen Erklärendem und Empfänger angemessen und „fair“ zu verteilen. Käme es dann aber beim Zugang auf die tatsächliche Kenntnisaufnahme an, dann trüge der Erklärende nicht nur das „Transportrisiko“, sondern auch noch das Risiko für alle Umstände im Herrschaftsbereich des Adressaten, auf die er naturgemäß keinen Einfluss hat. Daher erscheint es angemessen, das Risiko ab dem „Eindringen“ der Willenserklärung in den Herrschaftsbereich des Empfängers dem Empfänger aufzubürden. Im Allgemeinen bejaht man den Zugang einer Willenserklärung



dann, wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Umständen die Möglichkeit hat, sie zur Kenntnis zu nehmen. Daher kann man den Zugang eines Briefes, den ein Mandant Freitags um 22 Uhr in den Briefkasten einer Anwaltskanzlei wirft, nicht schon mit dem Einwurf bejahen. Vielmehr hat das Kanzleipersonal unter normalen Umständen erst am nächsten Werktag mit Beginn der Bürozeiten die Möglichkeit, den Brief zur Kenntnis zu nehmen. Er ist auch dann erst zugegangen. Umgekehrt hindert auch die Zustellung eines Briefes, während der Empfänger sich im Urlaub befindet, dessen Zugang nicht, da der Brief mit der Zustellung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass er unter normalen Umständen, wenn er nämlich zu Hause wäre, die Möglichkeit hätte, von dem Brief Kenntnis zu nehmen.

Da es für den Zugang einer Willenserklärung unter Abwesenden nicht auf die aktuelle Kenntnisnahme, sondern auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme ankommt, spielt es auch keine Rolle, ob der Empfänger einen vorher oder gleichzeitig zugegangenen Widerruf tatsächlich erst nach der Willenserklärung zur Kenntnis nimmt oder einen zu spät eingebrachten Widerruf tatsächlich vor der Willenserklärung liest (RGZ 91, 60, 63). Der nach der Willenserklärung zur Kenntnis genommene gleichzeitige Widerruf nimmt der Willenserklärung die Wirksamkeit (§ 130 Abs. 1 Satz 2 BGB), wie der zu spät eingegangene aber vor der Willenserklärung zur Kenntnis genommene Widerruf die Willenserklärung unberührt lässt. Nur in einem Fall kommt es auf die tatsächliche Kenntnisnahme an: Wenn der Empfänger die Willenserklärung, die er normalerweise erst später zur Kenntnis nehmen würde, tatsächlich früher zur Kenntnis nimmt, dann ist diese Willenserklärung mit der tatsächlichen Kenntnisnahme zugegangen (Reichold: in juris Praxiskommentar, § 130 Rdnr. 8; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, Rdnr. 276; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, § 26 Rdnr. 29).

Kniffliger kann die Situation aber dadurch werden, dass bei der Übermittlung einer Willenserklärung „Hilfspersonen“ eingesetzt werden. Auch dann muss es bei der rechtlichen Bewertung in erster Linie darauf ankommen, das Risiko des Zugangs gerecht zu verteilen. Zur Erleichterung dieser Risikoverteilung unterscheidet man bei den Hilfspersonen **„Erklärungs- und Empfangsboten“**. Als Empfangsbote wird diejenige Person bezeichnet, die nach der Verkehrsanschauung zur Entgegennahme von Willenserklärungen als geeignet und ermächtigt anzusehen oder vom Empfänger tatsächlich dazu bestellt ist. Alle anderen Personen, auf die das nicht zutrifft, sind Erklärungsboten. Bei Erklärungsboten trägt der Erklärende, bei Empfangsboten der Empfänger das Risiko des Zugangs. Allerdings muss der Zeitpunkt der Entgegennahme der Erklärung durch den Empfangsboten nicht automatisch mit dem Zeitpunkt des Zugangs zusammenfallen. Diese beiden Zeitpunkte fallen dann auseinander, wenn sich der Empfangsbote nicht im

Herrschaftsbereich des Empfängers (Haus oder Geschäftsräume des Empfängers) befindet. In diesem Fall geht die Willenserklärung dem Adressaten erst dann zu, wenn nach dem normalen Lauf der Dinge mit der Übergabe der Erklärung durch den Empfangsboten gerechnet werden kann. Typische Empfangsboten sind die Sekretärin oder im gemeinsamen Haushalt lebende erwachsene Familienangehörige.

Unabhängig vom Zeitpunkt des Zugangs geht das Verlustrisiko auf den Empfänger über, sobald die Erklärung in seinen Herrschaftsbereich gelangt ist. Eine vor dem Zugang eintretende Zerstörung der Erklärung verhindert den Zugang im Zeitpunkt der normalen Kenntnismöglichkeit nicht.

Während das BGB in § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB den Zugang unter Abwesenden geregelt hat, sagt es über den Zugang unter Anwesenden nichts aus. Daher ist zunächst einmal zu untersuchen, was unter „Anwesenheit bzw. Abwesenheit“ im Sinne des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB zu verstehen ist. Dies wird dann besonders deutlich, wenn man sich klarmacht, warum der Gesetzgeber den Zugang einer Erklärung unter Abwesenden für regelungswürdig hielt, während er den Zugang unter Anwesenden nicht erwähnt hat. Dies lässt sich nur so erklären, dass der Gesetzgeber den Zugang unter Abwesenden für besonders konfliktträchtig hielt und daher eine Risikoverteilung zwischen Erklärendem und Empfänger für erforderlich hielt. Aber woraus ergibt sich dieses besondere Konfliktpotential? Dieses kann sich daraus ergeben, dass bei Erklärungen unter Abwesenden Abgabe und Zugang der Erklärung auseinander fallen, so dass ein Transport- und Verlustrisiko entsteht. Legt man diese Erwägungen zugrunde, so kommt es für die Anwesenheit im Sinne des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht unbedingt auf die körperlich-physische Präsenz im gleichen Raum an, sondern vielmehr auf die Möglichkeit unmittelbarer Kommunikation, bei der Abgabe und Zugang der Erklärung zeitlich annähernd zusammenfallen. Somit stellen auch Willenserklärungen, die per Telefon oder per Videokonferenz abgegeben werden, Willenserklärungen unter Anwesenden dar. Fraglich ist, wann solche Erklärungen „zugehen“. Während man es sich hier bei schriftlichen Erklärungen leicht machen kann und einfach nur auf die Übergabe eines Schriftstückes abzustellen braucht, kann es bei mündlichen Erklärungen durchaus fraglich sein, wann man den Zugang bejahen kann.

Zwar könnte man mit der „**Vernehmungstheorie**“ auf die akustisch-lautliche Wahrnehmung der Erklärung durch den Empfänger abstellen, doch erscheint das jedenfalls dann unbillig, wenn der Erklärende sich sprachlich in eindeutiger Form geäußert hat und daher annehmen durfte, dass der Empfänger ihn verstanden hat, während das in Wirklichkeit gar nicht der Fall ist, da sein Gesprächspartner in

Gedanken woanders war oder schwerhörig ist und dies dem Erklärenden aus Eitelkeit verschweigt. In diesen Fällen scheint es sinnvoll, wieder auf den Gedanken der Risikoverteilung zurückzugreifen. Diese weist bei mündlichen Erklärungen grundsätzlich dem Sprecher das Risiko zu, dass er richtig verstanden wird. Dabei wird man sogar so weit gehen müssen, dass der Sprecher sich vergewissern muss, dass sein Gegenüber ihn richtig verstanden hat, wenn er auch nur den geringsten Zweifel daran hat oder haben muss, dass er richtig verstanden wurde. Hat der Sprecher aber all diesen Anforderungen genügt, so hat er alles getan, was der Rechtsverkehr von ihm erwarten konnte. Es erscheint dann nur gerecht, das verbleibende Restrisiko dem Empfänger zuzuweisen. Diese Auffassung wird auch als „**abgeschwächte Vernehmungstheorie**“ bezeichnet.

### *c. Zugangsverhinderung*

Bisher noch offen ist die Frage, wie die Fälle zu behandeln sind, in denen die Erklärung erst gar nicht den räumlichen Herrschaftsbereich des Empfängers erreicht und dieser daher keine Möglichkeit der Kenntnisnahme hat (Beispiel: Ein Brief geht an den Absender zurück, da der Empfänger unbekannt verzogen ist).

Zieht man hier wieder den Gedanken der gerechten Risikoverteilung heran, so kommt es darauf an, ob und inwieweit der Empfänger dafür Sorge tragen muss, dass Erklärungen ihn erreichen. Im Allgemeinen nimmt man eine solche Obliegenheit dann an, wenn der Empfänger damit rechnen muss, dass rechtsgeschäftliche Erklärungen an ihn gerichtet werden. Dies ist etwa dann der Fall, wenn es sich bei dem Empfänger um einen Geschäftsmann handelt oder wenn dem Empfänger der Zugang eines bestimmten Schreibens vorher angekündigt wurde. Dann wird man z.B. von dem verzogenen Geschäftsmann erwarten können, dass er einen Nachsendungsauftrag erteilt oder seinen Geschäftspartnern seine neue Adresse rechtzeitig mitteilt.

Wenn nun aber eine solche Obliegenheit seitens des Empfängers besteht und dieser entweder den Zugang absichtlich vereitelt oder aber es aus Nachlässigkeit unterlässt, geeignete Vorkehrungen zu treffen, dass ihn Erklärungen erreichen können, dann muss er sich nach Treu und Glauben (§ 242 BGB und Rechtsgedanke des § 162 BGB) so behandeln lassen, wie wenn ihm die Erklärung rechtzeitig zugegangen wäre. Geht eine solche Erklärung jedoch wieder an den Erklärenden zurück oder wird diesem sonst sicher bekannt, dass die Erklärung nicht in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, so kann dieser erste Zustellungsversuch noch nicht gemäß § 242 BGB als Zugang der Erklärung behandelt werden. Vielmehr erlangt der Erklärende dann wieder die volle Entscheidungsfreiheit zurück: Unternimmt er nichts, dann ist die Erklärung nicht zugegangen, holt er die

Zustellung aber unverzüglich erfolgreich nach, dann wird dem Empfänger gemäß § 242 BGB der Einwand abgeschnitten, die Erklärung sei nicht rechtzeitig zugegangen; die Erklärung gilt dann vielmehr als schon beim ersten Zustellungsversuch zugegangen.

Diese Problematik darf allerdings nicht mit der **Annahmeverweigerung** durch den Empfänger oder dessen Stellvertreter verwechselt werden. Weigert sich z.B. der Adressat, ein Schreiben entgegenzunehmen, das ihm der Postbote aushändigen will, weil er vermutet, dass es sich bei dem Schreiben um ein Kündigungsschreiben seines Arbeitgebers handelt, so ist die Erklärung so zum Empfänger gelangt, dass er die Möglichkeit der Kenntnisnahme hatte. Der Definition nach ist die Erklärung bei der Annahmeverweigerung dem Adressaten also zugegangen. Da es aber beim Zugang einer Willenserklärung in erster Linie um eine gerechte Risikoverteilung geht, ist bei der Annahmeverweigerung immer danach zu fragen, ob dem Empfänger die Entgegennahme der Erklärung unzumutbar war und er daher zur Annahmeverweigerung berechtigt war. Dies ist etwa dann anzunehmen, wenn der an den Adressaten gerichtete Brief nicht ausreichend frankiert war und er daher ein Nachporto zahlen müsste. War der Empfänger dagegen nicht zur Annahmeverweigerung berechtigt, so ist ihm die Erklärung definitionsgemäß zugegangen.

#### 4. Auslegung von Willenserklärungen

Mit einer Willenserklärung will der Erklärende einen bestimmten Rechtserfolg herbeiführen. Dies kann er jedoch nur, wenn der Adressat der Erklärung den konkreten Willen des Erklärenden erkennt und erfasst. Um den Bedeutungsgehalt einer Willenserklärung zu erfassen, muss man sie auslegen. Dabei stehen sich bei der Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen zwei unter Umständen entgegen gesetzte Interessen gegenüber: Der Erklärende ist daran interessiert, dass sein mit der Erklärung verfolgter Wille für die Auslegung maßgeblich ist, selbst wenn dieser Wille in der Erklärung nur unzureichend Ausdruck gefunden haben sollte, der Empfänger dagegen will die Erklärung so gelten lassen, wie er sie verstanden hat. Dem Interesse des Erklärenden hat der Gesetzgeber mit § 133 BGB Rechnung getragen, der anordnet, dass bei der Auslegung einer Willenserklärung **der wirkliche Wille** zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist. Der Erklärungsempfänger muss also immer versuchen, den wahren Willen des Erklärenden zu verstehen und muss dazu auch den Kontext der Erklärung heranziehen. Dabei darf der Empfänger **keine Wortklauberei** betreiben: Ist die Erklärung demnach missverständlich, sprachlich unrichtig oder auch nur ungenau, weil z.B. der Erklärende Ausländer ist und die Sprache nicht

sicher beherrscht, dann gilt dennoch das vom Erklärenden Gewollte, wenn sich aus dem Kontext der Situation (Interessenlage, vorangegangenes Gespräch etc.) eindeutig ergibt, was er erklären wollte und/oder wenn der Empfänger die Erklärung in dem vom Erklärenden gemeinten Sinn verstanden hat. Hat etwa der Erklärende einen bestimmten, eigentümlichen Sprachgebrauch, der vom allgemeinen Sprachgebrauch abweicht, und ist dem Empfänger dies bekannt, so kann sich der Empfänger nicht auf den allgemeinen Sprachgebrauch berufen. Wenn z.B. der A seinem Bruder B seine „Bibliothek“ verkauft und B bekannt ist, dass A seinen Weinkeller immer als Bibliothek zu bezeichnen pflegt, dann kann sich B später nicht darauf berufen, den gesamten Bücherbestand des A gekauft zu haben.

Eng verwandt mit dieser Fallgestaltung ist der berühmte „**Haakjöringsköd-Fall**“ (RGZ 99, 147):

K wollte von V eine bestimmte Schiffsladung Walfischfleisch kaufen. Sie bezeichneten den Kaufgegenstand mit „Haakjöringsköd“, da sie beide davon ausgingen, dies sei der norwegische Ausdruck für Walfischfleisch. Tatsächlich bedeutet Haakjöringsköd in norwegischer Sprache „Haifischfleisch“. Ist zwischen ihnen ein Kaufvertrag über eine Schiffsladung Walfischfleisch zu Stande gekommen?

V hat den wahren Willen des K erkannt und muss daher gemäß § 133 BGB auch den Begriff „Haakjöringsköd“ in der von K gewollten Bedeutung gegen sich gelten lassen. Der Unterschied zu der bereits erörterten Fallgestaltung des eigentümlichen Sprachgebrauchs des Erklärenden liegt hier lediglich darin, dass auch V als Erklärungsempfänger dem Begriff „Haakjöringsköd“ eine vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichende Bedeutung beilegt. In dieser Konstellation, in der beide Parteien übereinstimmend dasselbe wollen und verstehen, muss erst recht das vom Erklärenden Gewollte gelten.

Wollte man stattdessen in dem vorliegenden Fall alleine darauf abstellen, wie die Erklärungen objektiv zu verstehen waren, so müsste man annehmen, V und K hätten sich über den Kauf einer Schiffsladung Haifischfleisch geeinigt. Ein solches Ergebnis wäre jedoch im Hinblick auf den Grundsatz der Privatautonomie unerträglich, würde es doch bedeuten, den Parteien einen von ihnen nicht gewollten Vertrag „aufzuzwingen“.

Daher ist allgemein anerkannt, dass bei (bewussten oder unbewussten) Falschbezeichnungen in empfangsbedürftigen Willenserklärungen, die die Parteien übereinstimmend richtig verstanden haben, immer nur die von den Parteien übereinstimmend gemeinte Bedeutung ausschlaggebend ist. Dieses Ergebnis war

schon im gemeinen Recht anerkannt und wird bis heute mit dem Satz: „**falsa demonstratio non nocet**“ schlagwortartig umschrieben.

Dem legitimen Interesse des Erklärungsempfängers, dass seine Verständnismöglichkeiten bei der Auslegung berücksichtigt werden, hat das BGB mit der Vorschrift des § 157 Rechnung getragen, nach der Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben und die Verkehrssitte es erfordern. Diese Vorschrift passt ihrem Wortlaut nach zwar eigentlich nur auf Verträge und nicht auf einzelne Willenserklärungen. Dennoch wird die Vorschrift heute allgemein auf die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen angewandt, unabhängig davon, ob diese Willenserklärungen Vertragsbestandteile sind oder nicht. Danach kommt es also bei der Auslegung nicht nur auf den wahren Willen des Erklärenden, sondern darauf an, wie dieser Wille vom Empfänger nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte aufgefasst werden musste. Insgesamt stellt das BGB bei der Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB somit weder einseitig darauf ab, was der Erklärende wirklich gewollt hat, noch darauf, was der Empfänger tatsächlich verstanden hat, sondern vielmehr darauf, wie der Empfänger die Erklärung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte hätte verstehen müssen. Man bezeichnet diese Methode als „**Auslegung nach dem Empfängerhorizont auf objektiver Grundlage**“ (**normative Auslegung**).

Demgegenüber sind nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen alleine nach § 133 BGB auszulegen, ohne dass es auf den Empfängerhorizont ankäme. Setzt dem gemäß der Erblasser E „Mutter“ zur Alleinerbin ein und lässt sich eindeutig nachweisen, dass E mit Mutter seine Ehefrau gemeint hat, so ist seine Ehefrau Alleinerbin.

Gegenstand der Auslegung ist nicht nur der Inhalt von Willenserklärungen, sondern auch die vorrangige Frage, ob eine Erklärung überhaupt eine Willenserklärung darstellt. Dabei ist bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen wiederum nach der „Auslegung nach dem Empfängerhorizont auf objektiver Grundlage“ vorzugehen. Meist wird es in diesen Fällen darum gehen, Erklärungen im außerrechtlich-zwischenmenschlichen Bereich von rechtsgeschäftlichen Erklärungen mit **Rechtsbindungswillen** abzugrenzen. Bei dieser Abgrenzung geht es sehr oft um die Auslegung eines bestimmten Verhaltens, bei dem sich die Beteiligten in dem jeweiligen Moment überhaupt keine Gedanken über seine rechtliche Relevanz gemacht haben. Im Nachhinein werden sie dann nur allzu gerne behaupten, mit oder ohne Rechtsbindungswillen gehandelt zu haben. Daher bedeutet eine Auslegung nach dem Empfängerhorizont hier, dass man untersuchen muss, ob ein objektiver Beobachter aus den Gesamtumständen nach Treu und

Glauben und der Verkehrssitte geschlossen hätte, dass sich die Beteiligten rechtlich binden wollten. Dabei kommt es gerade bei den so genannten „**Gefälligkeitsverhältnissen**“ darauf an, ob Umstände vorliegen, die die rechtliche Verbindlichkeit von Absprachen nahe legen. Wichtiges Kriterium ist dabei die Entgeltlichkeit. Haben die Parteien ein Entgelt für eine Leistung vereinbart, so ist immer von einem Rechtsbindungswillen auszugehen. Dagegen sagt die Unentgeltlichkeit alleine noch nichts über das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens aus. Bei unentgeltlichen Vereinbarungen kommt es meist entscheidend darauf an, welche rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen eine vereinbarte Gefälligkeit für die Beteiligten mit sich bringen kann oder ob im Rahmen der Gefälligkeit wertvolle oder schutzbedürftige Rechtsgüter im Spiel sind. Während das Versprechen, die Blumen im Vorgarten des Nachbarn während dessen urlaubsbedingter Abwesenheit zu gießen, bei „Nichterfüllung“ allenfalls dazu führen kann, dass ein geringfügiger wirtschaftlicher Schaden entsteht, was gegen einen Rechtsbindungswillen spricht, liegt bei der Vereinbarung, das Kleinkind des Nachbarn für zwei Stunden zu beaufsichtigen, wegen der Schutzbedürftigkeit des Kindes und des hohen Wertes des anvertrauten Rechtsgutes eindeutig ein Rechtsbindungswille vor. Daher kann der die Betreuung übernehmende Nachbar es sich während dieser zwei Stunden nicht einfach anders überlegen und das Kind unbeaufsichtigt lassen. Er ist vielmehr zur Aufsicht verpflichtet und kann sich wegen Verletzung vertraglicher Aufsichtspflichten schadensersatzpflichtig machen.

Allerdings kann es auch einmal ausnahmsweise trotz der möglichen wirtschaftlichen Folgen der Nichteinhaltung einer Vereinbarung und trotz der Bedeutung der von der Vereinbarung betroffenen Rechtsgüter am Rechtsbindungswillen fehlen, wenn der Gegenstand der Vereinbarung einer rechtsgeschäftlichen Regelung nicht zugänglich ist. Dies ist etwa dann anzunehmen, wenn sich „Absprachen“ auf Bereiche höchstpersönlicher Natur beziehen, deren Privatheit von der Gesellschaft im Allgemeinen akzeptiert wird (wie z.B. Religion, Gewissensentscheidungen, Sexualität etc.). Daher hat der BGH auch die Absprache der Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, dass die Partnerin „die Pille“ einnehmen solle, als rechtlich unverbindliche Vereinbarung im zwischenmenschlichen Bereich eingestuft (BGHZ 97, 372).

## 5. Verkehrstypisches und sozialtypisches Verhalten

Besonders geeignet zur Darstellung der Probleme des verkehrstypischen Verhaltens ist der so genannte „**Hamburger Parkplatzfall**“ (BGHZ 21, 319):

Die streitlustige A benutzte mehrfach einen als gebührenpflichtig bezeichneten Parkplatz. Dabei teilte sie jedes Mal dem Wächter mit, dass sie zwar hier parken wolle, eine Bewachung jedoch ablehne und folglich auch nicht bereit sei, die üblicherweise erhobene Gebühr zu zahlen. Der Parkplatzbetreiber B fordert allerdings dennoch das Entgelt.

Sieht man in der Bereitstellung des Parkplatzes in Verbindung mit dem Hinweis auf seine Gebührenpflichtigkeit ein Vertragsangebot, so steht man vor dem Problem, ob man das Verhalten der A als Vertragsannahme werten kann. Dafür spricht zwar, dass das Parken auf dem Parkplatz eine konkludente Annahmeerklärung darstellt. Jedoch verbietet die eindeutige Aussage der A, dass sie keinen Vertragsschluss will, das Parken als Vertragsannahme auszulegen. Somit fehlt es für eine Annahmeerklärung schon am objektiven Tatbestand der Willenserklärung.

Der BGH hat dieses Problem dadurch gelöst, dass er das Erfordernis einer Annahmeerklärung im Hinblick auf die **Lehre vom sozialtypischen Vertrag** für ausnahmsweise nicht erforderlich erklärt hat. Für das Zustandekommen eines Vertrages ist nach dieser Lehre bei der Inanspruchnahme von **Leistungen im modernen Massenverkehr** (wie z.B. öffentliche Verkehrsmittel, Lieferung von Gas, Wasser, Elektrizität etc.) ausnahmsweise keine Willenserklärung erforderlich, sondern bereits die faktische Inanspruchnahme ausreichend. Denkt man diese Lösung konsequent zu Ende, dann führt sie dazu, dass auch der Minderjährige ohne Einwilligung seiner Eltern (vgl. § 107 BGB) und sogar der Geschäftsunfähige durch die schlichte Inanspruchnahme einer Leistung einen Vertrag zustande bringen kann. Dies ist mit dem Gedanken des **Minderjährigenschutzes** und dem Schutz des Geschäftsunfähigen unvereinbar. Problematisch an dieser Auffassung ist zudem, dass sie im Gesetz keinerlei Stütze findet. Sie kann für sich lediglich pragmatisch reklamieren, den Bedürfnissen des modernen Massenverkehrs nach einfacher, schneller und unproblematischer Vertragsabwicklung Rechnung zu tragen. Es ist allerdings äußerst fraglich, ob man diesen Erfordernissen nicht ebenso mit den allgemeinen Regeln zur Auslegung von Willenserklärungen Rechnung tragen kann. So kann man im allgemeinen unproblematisch die faktische Inanspruchnahme einer Leistung des modernen Massenverkehrs als konkludente Annahmeerklärung auslegen, ohne auf das systemwidrige Institut eines faktischen Vertrages zurückgreifen zu müssen. Allerdings hilft die Auslegung von



Willenserklärungen dann nicht mehr weiter, wenn der die Leistung Inanspruchnehmende (wie die A im „Hamburger Parkplatzfall“) eindeutig erklärt, dass er keinen Vertragsschluss wolle. Dies ist allerdings dann kein Grund, auf die gesetzesferne Lösung der Lehre vom sozialtypischen Vertrag zurückzugreifen, wenn man auch ohne sie in diesem Fall zu gerechten Ergebnissen gelangen kann.

Die weitaus überwiegende Meinung tut dies dadurch, dass sie trotz dem von der A geäußerten Willen, keinen Vertrag schließen zu wollen, einen Vertragsschluss bejaht, indem sie den Widerspruch der A als zu ihrer Leistungsanspruchnahme widersprüchliches Verhalten gemäß § 242 BGB für unbeachtlich erklärt (protestatio facto contraria). Demgegenüber wird jedoch wieder eingewandt, dass diese Lösung dogmatisch inkonsequent sei, bejahe sie im Ergebnis doch das Vorliegen einer Willenserklärung ohne Vorliegen eines objektiven Erklärungsstatbestandes. Im übrigen widerspreche sie dem Prinzip der Vertragsfreiheit und der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung, indem sie jemandem einen Vertragsschluss aufnötige, der erklärtermaßen keinen Vertrag abschließen wolle. Diese Meinung sucht die gerechte Lösung dieses Falles daher im Bereicherungs- (§§ 812 ff. BGB) und/oder Deliktsrecht (§§ 823 ff.). Gegen diese Auffassung spricht jedoch, dass die von ihr so betonte rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung keineswegs gegen die vertragliche Bindung des die Leistung Inanspruchnehmenden spricht, da dieser ja bewusst und willentlich die Leistung entgegennimmt und genau weiß, dass dies nur bei Abschluss eines Vertrages möglich ist. Wenn er dann aber erklärt, er wolle keinen Vertrag abschließen, so setzt er sich so eindeutig in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten, dass nicht einzusehen ist, warum die Rechtsordnung dieses Verhalten auch noch durch die Verneinung des Vertragsschlusses „belohnen“ sollte.

Wie die Argumente pro und contra zeigen, stehen wir vor einem offenem Problem. Ich neige der bereicherungsrechtlichen Lösung zu und würde im Falle eines Falles den Vertragsschluss verneinen.

## **6. Schweigen als Willenserklärung**

Das Schweigen als bloßes Nichthandeln hat für sich betrachtet im Grundsatz keinerlei Erklärungswert und erfüllt daher auch nicht den objektiven Tatbestand einer Willenserklärung. Dennoch ist auch das Unterlassen einer Handlung eine willensgesteuerte Verhaltensweise, der nicht anders als jedem anderen Verhalten auch je nach den Umständen des Einzelfalles ein Erklärungswert zukommen kann. Schweigen kann demgemäß bei entsprechender Auslegung nach dem Empfängerhorizont als konkludentes Verhalten den objektiven Tatbestand einer

Willenserklärung erfüllen. Man spricht dann von „**beredtem Schweigen**“. Entscheidend für eine Auslegung des Schweigens als Willenserklärung ist jedoch nach §§ 133, 157 BGB, dass der Empfänger das Schweigen nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Kundgabe eines bestimmten Rechtsfolgswillens verstehen musste. Dies kann man immer dann unproblematisch annehmen, wenn die Beteiligten vereinbart haben, dass dem Schweigen ein bestimmter Erklärungswert zukommen soll. Wenn etwa A dem B ein Angebot unterbreitet hat und diese vereinbart haben, dass dieses als angenommen gelte, wenn B nicht innerhalb einer bestimmten Frist seine Ablehnung erkläre, dann kann A das Schweigen des B nach Ablauf dieser Frist als Annahmeerklärung verstehen. Des weiteren kann der „Empfänger“ das Schweigen auf sein Angebot zu einem Vertrag nach den Umständen des Einzelfalles auch z.B. dann als Annahmeerklärung werten, wenn die Parteien den Inhalt des Angebotes in Vorverhandlungen ausführlich besprochen und dabei in allen wesentlichen Punkten Übereinstimmung erzielt hatten.

Bei der Auslegung des Schweigens als Willenserklärung können Probleme auftreten, wenn eine Partei die andere Partei auf eine bestimmte Deutung des Schweigens einseitig festlegen will, indem sie ihr z.B. unaufgefordert ein Angebot unterbreitet und dabei erklärt, dass sie den Vertrag für geschlossen betrachte, wenn sich die andere Partei nicht bei ihr innerhalb einer bestimmten Frist melde. In diesen Fällen muss man die §§ 133, 157 BGB konsequent anwenden und fragen, ob derjenige, der dieses Angebot unterbreitet hat, nach Ablauf der Frist das Schweigen nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Vertragsannahme verstehen kann. Das wäre aber nur dann anzunehmen, wenn nach Treu und Glauben eine Obliegenheit bestünde, auf ein solches Angebot zu reagieren (BGHZ 1, 353, 355 f.). Eine solche Obliegenheit besteht aber regelmäßig nur, wenn die Parteien etwa zuvor vertraglich vereinbart hätten, dass die eine der anderen Waren unbestellt zusenden soll und dass das Schweigen nach Ablauf einer bestimmten Frist als Annahme gewertet werden soll. Würde man dagegen für den Normalfall unbestellt zugesandter Waren eine Obliegenheit des Adressaten zum Widerspruch bejahen, dann wäre der Antragsempfänger in seiner Abschlussfreiheit verletzt, da ihm dann gegen seinen Willen ein Vertrag aufgezwungen werden könnte. Bereits sein Unterlassen hätte dann gegen seinen Willen und ohne sein Zutun den Erklärungswert einer Annahmeerklärung.

Die Abschlussfreiheit ist Teil der Vertragsfreiheit, die ihrerseits wieder ein konstituierender Bestandteil der Privatautonomie ist. Sie ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes durch Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleistet (BVerfGE 8, 328). Allerdings kann das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG bei der Auslegung einer Willenserklärung nach

§§ 133, 157 BGB überhaupt nur berücksichtigt werden, wenn es auf einen solchen Fall anwendbar ist. Dem könnte entgegenstehen, dass die Grundrechte nach ganz herrschender Meinung nur im Verhältnis Staat - Bürger anwendbar sind. Es ist aber anerkannt, dass die Grundrechte bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts als objektive Wertentscheidungen Beachtung finden können. Dies ist insbesondere dort anzunehmen, wo sie über Generalklauseln in das einfache Recht „einstrahlen“ können. Man spricht dann von „mittelbarer Drittwirkung“. Eine typisches Beispiel für eine solche Generalklausel, die die „Einstrahlung“ von Grundrechten möglich macht, ist § 242 BGB. Da bei der Auslegung von Willenserklärungen durch § 157 BGB auf den Begriff „Treu und Glauben“ Bezug genommen wird, bietet es sich an, ein Grundrecht, dessen Schutzbereich berührt ist, auch bei der Auslegung von Willenserklärungen zu berücksichtigen. Daher ist bei der Auslegung des Schweigens auf ein Angebot der oben umschriebenen Art zu berücksichtigen, dass eine Wertung des Schweigens als Annahme eine Verletzung der Vertragsabschlussfreiheit des Erklärungsempfängers bedeuten würde (vgl. dazu den Fall „Unbestellte Ware“).

Daher kann der „Adressat“ des Schweigens dieses auch redlicherweise nicht als Annahmeerklärung verstehen. Das Schweigen hat in diesem Fall vielmehr keinen Erklärungswert.

Von den vorangehenden Beispielen, in denen das Schweigen als konkludent erklärte Willenserklärung gedeutet wurde, muss man die Fälle unterscheiden, in denen der Gesetzgeber dem Schweigen einen bestimmten Erklärungswert zugeordnet hat. Ein schönes Beispiel hierfür findet sich im Schenkungsrecht. Die Schenkung, d.h. die Zuwendung eines Vermögenswertes ohne Gegenleistung, ist im BGB als Vertrag ausgestaltet. Das bedeutet, dass der Beschenkte das Schenkungsangebot auch annehmen muss. Ist eine unentgeltliche Zuwendung ohne den Willen des Zuwendungsempfängers erfolgt, dann kann der Zuwendende diesen unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern (§ 516 Abs. 2 Satz 1 BGB). Reagiert der Zuwendungsempfänger innerhalb dieser Frist nicht, dann gilt die Schenkung gemäß § 516 Abs. 2 Satz 2 BGB als angenommen. Das Schweigen gilt also hier kraft Gesetzes als Willenserklärung.

Das bedeutet aber nicht, dass der Gesetzgeber damit zusätzlich zu §§ 133, 157 BGB weitere Auslegungsregeln aufgestellt hätte, in denen er angeordnet, dass das Schweigen in einer bestimmten gesetzlich umschriebenen Situation in einer bestimmten Weise auszulegen wäre. Vielmehr knüpft er in diesen Fällen an das **Schweigen als Tatsache** an, die ohne Rücksicht auf das Bewusstsein und den Willen des Schweigenden eine Rechtsfolge auslöst. Man spricht daher davon, dass

der Gesetzgeber eine Willenserklärung fingiert. Diese Erklärungsfiktion bezeichnet man auch als „**normiertes Schweigen**“. Da das normierte Schweigen keine Willenserklärung, sondern die gesetzliche Fiktion einer Willenserklärung darstellt, kann es auch vom Schweigenden, der etwa ohne Erklärungsbewusstsein gehandelt hat oder einem Irrtum im Geschäftswillen unterlegen ist, nicht gemäß § 119 Abs. 1 BGB angefochten werden.

Weitere Beispiele für Vorschriften, in denen das Schweigen als Willenserklärung fingiert wird sind z.B.: §§ 108 Abs. 2, 177 Abs. 2, 455 Satz 2, 516 Abs. 2 Satz 2 BGB oder § 362 Abs. 1 HGB.

---

*I. Das Zustandekommen des Individualvertrages*

**1. Das Modell des Vertragsschlusses durch Angebot und Annahme**

Verträge sind **mehrseitige Rechtsgeschäfte**. In der Regel handelt es sich um zweiseitige Rechtsgeschäfte, die aus **zwei übereinstimmenden Willenserklärungen** bestehen. Kennzeichnend für den Vertragsschluss ist, dass die Parteien Willenserklärungen abgeben, die sich inhaltlich „decken“ und die besagen, dass eine bestimmte Regelung gelten solle. Eine bloße Willenseinigung („meeting of the minds“) genügt also nicht. Die Willensübereinstimmung muss sich auch darauf beziehen, dass der Abrede rechtliche Verbindlichkeit zukommen soll. Die Parteien können durch ihre übereinstimmenden Willenserklärungen ihre rechtlichen Beziehungen zueinander gestalten. Wesentliches Merkmal dieser „Rechtsgestaltung durch Vertrag“ ist der Konsens der Parteien. Legt man das zu Grunde, was wir bereits über die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB gelernt haben, so ist klar, dass Konsens der Parteien nicht notwendigerweise auch bedeuten muss, dass der innere Wille der Parteien übereinstimmt. Vielmehr kommt es im Regelfall darauf an, dass die Willenserklärungen mit dem Inhalt, den sie bei einer Auslegung nach dem Empfängerhorizont auf objektiver Grundlage erfahren haben, übereinstimmen (so genannter „normativer Konsens“).

Das BGB kennt keine allgemeine Bestimmung, in der geregelt ist, wie sich der Vertragsschluss technisch vollzieht. Allerdings hat es in den §§ 145 ff. einige mit dem Vertragsschluss zusammenhängende Probleme geregelt. Aus dieser Regelung kann man entnehmen, wie sich das BGB den Mechanismus des Vertragsschlusses vorstellt. Grundsätzlich kommt ein Vertrag danach durch Angebot und Annahme zu Stande, also durch einen rechtlich verbindlichen Vorschlag einer Partei, dem die andere Partei vorbehaltlos zustimmt („Modell der sukzessiven Perfektion des Vertrages“).

Allerdings kommen in der Rechtswirklichkeit Verträge auch abweichend von diesem Mechanismus zu Stande. So kann es vorkommen, dass die Parteien nach längerer, kontroverser Verhandlung gemeinsam einen Vertragstext formulieren, dem sie dann durch ihre Unterschrift zustimmen. Ebenso kommt es häufig vor, dass die Parteien einen Dritten (z.B. einen Notar) damit beauftragen, einen Vertragsentwurf vorzubereiten, dem sie dann anschließend zustimmen. Wollte man in diesen Fällen des Vertragsschlusses das „Angebot-Annahme-Schema“ zu Grunde legen, so liefe das auf eine Fiktion hinaus: Jede Partei wäre dann Antragender und Annehmender zugleich. In diesen Fällen kommt es dann zum Vertragsschluss durch „Zustimmung der Parteien zu einem Vertragsentwurf“. Daraus kann man ableiten, dass der Vertragsschluss zwar in der Regel durch Angebot und Annahme erfolgt, dass aber andererseits dieser Mechanismus nicht die einzig mögliche Form des Vertragsschlusses ist. Für das Zustandekommen eines Vertrages ist somit nicht ein bestimmter Mechanismus ausschlaggebend, sondern alleine, dass die Parteien zwei übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben haben.

### *a. Das Vertragsangebot*

Das **Angebot** (auch Antrag oder Offerte genannt) ist eine **empfangsbedürftige Willenserklärung**. Vergegenwärtigt man sich den soeben erläuterten Mechanismus des Vertragsschlusses durch Angebot und Annahme, so ist einleuchtend, dass das Vertragsangebot inhaltlich so bestimmt sein muss, dass der Vertrag durch eine einfache, vorbehaltlose Annahmeerklärung zu Stande kommen kann. Dieses Erfordernis wird häufig auf die Kurzformel gebracht, dass ein Vertragsangebot dann **hinreichend inhaltlich bestimmt** ist, wenn es so formuliert ist, dass es mit einem bloßen „Ja“ der anderen Partei angenommen werden kann. Das setzt voraus, dass das Angebot alle regelungsbedürftigen Hauptpunkte, die für den jeweiligen Vertragstyp konstituierend sind (so genannte „essentialia negotii“), abdeckt. Bietet demnach der Verkäufer im Antiquariat dem Käufer ein bestimmtes Buch zum Kauf an, ohne einen Kaufpreis zu nennen, so hat der Verkäufer noch kein Vertragsangebot abgegeben, da der Kaufpreis zum konstituierenden

Mindestinhalt eines Kaufvertrages gehört (vgl. § 433 BGB). Dies könnte nur dann anders sein, wenn der Erklärung des Verkäufers durch Auslegung zu entnehmen wäre, dass er die Bestimmung des Kaufpreises dem Käufer oder einem Dritten (§§ 315 ff. BGB) überlassen wollte. Dies kommt jedoch nach der Interessenlage nur in seltenen Fällen einmal in Betracht.

Neben der hinreichenden inhaltlichen Bestimmtheit ist für ein Angebot erforderlich, dass die Erklärung erkennen lässt, dass der Antragende sich mit dieser Erklärung rechtlich binden will, dass er also den Vertrag mit dem Inhalt des Antrages gelten lassen will, wenn das Angebot angenommen wird („**Rechtsbindungswille**“). Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Erklärende lediglich eine Einladung bzw. Aufforderung zur Abgabe von Angeboten (so genannte „**invitatio ad offerendum**“) abgeben will. Ob der Erklärende mit Rechtsbindungswillen gehandelt und nicht lediglich eine invitatio abgegeben hat, lässt sich mithilfe der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) ermitteln. Meist kommt es hierbei entscheidend auf die Verkehrssitte und die Interessenlage des Antragenden an. Typische **Beispiele** für eine invitatio ad offerendum sind z.B. die „Angebote“ in Katalogen, Reklamezetteln, Postwurfsendungen, Zeitungsinseraten, Schaufensterauslagen oder Speisekarten. Der fehlende Rechtsbindungswille wird in diesen Fällen damit begründet, dass der Anbieter wegen der unübersehbaren Zahl der Erklärungsadressaten sich erkennbar noch nicht binden will, da er sonst unter Umständen Verträge abschließen muss, die seine Warenvorräte oder sonstigen Kapazitäten weit übersteigen, so dass er sich wegen Nichterfüllung schadensersatzpflichtig macht.

Umstritten ist insbesondere, ob schon im Aufstellen von Waren im Supermarkt ein Vertragsangebot gesehen werden kann. Dies soll verdeutlicht werden an folgendem **Fall**:

Die Großhandelskette „A-Markt“ überrascht Kunden und Wettbewerber kurz vor dem Einsetzen des Weihnachtsgeschäfts mit dem „Angebot“ eines leistungsfähigen Personalcomputers zu einem sehr günstigen Preis. Der Computerfachhändler C ärgert sich darüber maßlos, weil er zu Recht befürchtet, dass ihm dadurch das bevorstehende Weihnachtsgeschäft „vermasselt“ wird. Kurz entschlossen begibt er sich mit einigen Mitarbeitern zur Filiale des „A-Markts“ in seiner Heimatstadt, transportiert alle noch vorhandenen Computer zur Kasse und erklärt der verdutzten Verkäuferin V, er wolle alle Geräte kaufen. Der alsbald hinzu gerufene Filialleiter F erklärt, man wolle C keine Computer verkaufen. C ist dagegen der Auffassung, es sei längst ein Vertrag zu Stande gekommen. Wer hat Recht ?

Wenn man bereits im Aufstellen der mit einem Preis ausgezeichneten Waren in einem Selbstbedienungsladen ein Vertragsangebot sieht, dann kommt in diesen

Läden ein Kaufvertrag regelmäßig dadurch zu Stande, dass der Käufer die Ware an der Kasse vorlegt; das Herausnehmen der Ware aus dem Regal genügt dagegen noch nicht, weil dieses Verhalten bei objektiver Betrachtung noch keinen hinreichenden Schluss auf die Kaufabsicht des Kunden zulässt, es vielmehr diesem nach der Verkehrssitte unbenommen bleibt, die Ware bis zum Vorzeigen an der Kasse jederzeit wieder in das Regal zurückzulegen. Durch das Vorzeigen aller noch vorhandenen Computergeräte an der Kasse hätte C somit nach dieser Auffassung das Kaufvertragsangebot des „A-Marktes“ angenommen.

Es ist allerdings äußerst fraglich, ob man bereits dem Aufstellen von Waren im Selbstbedienungsladen durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) die Bedeutung eines rechtlich verbindlichen Angebotes entnehmen kann. Dagegen spricht alleine schon der Umstand, dass es sich in einem Geschäft - wie auch der Kunde weiß - nie ganz vermeiden lässt, dass es zu Falschauszeichnungen kommt. In diesem Fall will der Geschäftsinhaber aber erkennbar noch die Möglichkeit haben, von dem Geschäft zu diesen Bedingungen Abstand zu nehmen. Darüber hinaus ist es auch nicht ganz auszuschließen, dass der Geschäftsinhaber mit einem bestimmten Kunden keinen Vertrag schließen will, etwa weil dieser z.B. wegen vorangegangener Ladendiebstähle oder Beleidigungen des Personals Hausverbot hat oder aber weil er wie in unserem Fall als Konkurrent Sonderangebote durch Massenaufkauf zunichte machen will. Es ist zwar zuzugeben, dass diese Vorkommnisse in dem meist nahezu anonymen Geschäftsbetrieb die Ausnahme darstellen und dass der Geschäftsinhaber potentiell mit allen Kunden „ins Geschäft kommen“ will, doch ändert dies nichts daran, dass der Geschäftsinhaber ein schutzwürdiges Interesse daran hat, nicht in jedem Falle schon durch das Aufstellen der Ware gebunden zu sein. Legt man diese Interessenlage zu Grunde, so spricht sehr vieles dafür, in dem Aufstellen der ausgezeichneten Ware lediglich eine *invitatio ad offerendum* zu sehen. Der Vertragsschluss in einem Selbstbedienungsladen vollzieht sich dann also dadurch, dass der Kunde durch das Vorzeigen der Ware an der Kasse ein Angebot abgibt, das die Kassiererin durch das Verbuchen des Preises in der Registrierkasse annimmt.

Folgt man dieser Auffassung, so hat der „A-Markt“ alleine durch das Aufstellen der Computer in den Verkaufsräumen noch kein Angebot abgegeben. Damit ist in der Erklärung des C an der Kasse auch noch keine Annahmeerklärung sondern ein Vertragsangebot zu sehen, das der „A-Markt“ nicht angenommen hat und auch nicht anzunehmen verpflichtet war. Es ist somit kein Kaufvertrag zwischen C und dem A-Markt zu Stande gekommen.

Das Vertragsangebot kann an eine bestimmte Person, aber auch an eine unbestimmte Vielzahl von Personen gerichtet sein. Im letzteren Fall ist aber dem Angebot meist durch Auslegung eine konkludente Beschränkung der



Leistungspflicht auf den vorhandenen Warenvorrat zu entnehmen. Man spricht in diesen Fällen von einer **Offerte „ad incertis personas“**. Ein typisches Beispiel für ein solches Angebot an einen unbestimmten Personenkreis stellt die Aufstellung eines Warenautomaten dar. Die ganz herrschende Meinung sieht in der Aufstellung eines Warenautomaten ein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages an jedermann, das auf den Vorrat beschränkt ist und unter Bedingung abgegeben wird, dass der Apparat funktioniert und dass der Kunde den Automaten ordnungsgemäß bedient.

Da das Vertragsangebot eine Willenserklärung ist, kann es nach dem, was wir bereits über Willenserklärungen gelernt haben, auch konkludent abgegeben werden. Ein wichtiger Sonderfall konkludent abgegebener Vertragsangebote sind die so genannten **„Realofferten“**, bei denen die angebotene Ware dem potentiellen Vertragspartner rein tatsächlich zugänglich gemacht wird, sodass er durch ihre Verwendung ebenfalls konkludent die Vertragsannahme erklärt. Ein Beispiel für Realofferten sind etwa die Brezeln oder Semmeln am Gasthaustisch, der Betrieb eines Warenautomaten oder aber die Zusendung unbestellter Waren.

Der Antrag löst gemäß § 145 BGB eine Bindung für den Antragenden aus, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat. Die **Bindungswirkung des Antrags** äußert sich nicht nur in der Unwiderruflichkeit des Antrages bis zu dessen Erlöschen (§ 146 BGB), sondern nach herrschender Meinung darüber hinaus in einem aus der Bindungswirkung resultierenden gegenseitigen **Vertrauensverhältnis mit gegenseitigen Sorgfaltspflichten**, deren Verletzung eine Haftung aus culpa in contrahendo (cic) begründet. Wird der Vertragsgegenstand von dem Antragenden trotz bestehender Bindungswirkung schuldhaft zerstört, so haftet er dem Angebotsempfänger auf Schadensersatz. Dabei ist allerdings umstritten, ob der Antragende analog § 160 BGB auf das positive Interesse haftet, d.h. den Angebotsempfänger so stellen muss, wie er bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung stünde oder ob er lediglich auf das negative Interesse haftet, d.h. den Angebotsempfänger so stellen muss, wie dieser stünde, wenn er das Angebot nie erhalten hätte. Jedenfalls verleiht die Bindungswirkung dem Angebotsempfänger die durch den Antragenden nicht mehr einseitig entziehbare Möglichkeit, den Vertragsschluss durch die Annahmeerklärung herbeizuführen (Annahmeposition).

Der Antragende kann also ein **Interesse** daran haben, die **Bindungswirkung** des Antrages gemäß § 145 BGB letzter Halbsatz **auszuschließen** oder zu begrenzen. Hierzu werden in der Praxis gerne Formulierungen wie „freibleibend“, „ohne obligo“ oder „unverbindlich“ gewählt. Da diese Wendungen aber zum Ausdruck bringen, dass sich der Erklärende nicht nur die Möglichkeit offen halten möchte,

den Antrag gegebenenfalls zu widerrufen, sondern dass er darüber hinaus auch noch nach dem Zugang der Annahmeerklärung frei darüber entscheiden möchte, ob es zum Vertragsschluss kommt oder nicht, qualifiziert die ganz herrschende Meinung eine mit diesen Wendungen versehene Erklärung nicht als Antrag, bei dem die Gebundenheit ausgeschlossen ist, sondern als **invitatio ad offerendum**. Allerdings bewirkt eine solche Erklärung immerhin eine Erklärungsobliegenheit. Das bedeutet, dass das Schweigen des Erklärenden auf ein Angebot, das ihm auf sein „unverbindliches Angebot“ hin gemacht wird, nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Annahme gewertet werden kann. Der Antragende kann seinen Antrag aber auch gemäß § 145 BGB letzter Halbsatz mit einem „**Widerrufsvorbehalt**“ versehen. In diesem Fall kann der Antragende sein Angebot jederzeit bis zum Zugang der Annahmeerklärung widerrufen. Ob der Erklärende nur eine invitatio ad offerendum oder aber schon einen Antrag mit Widerrufsvorbehalt abgegeben hat, ist durch Auslegung zu ermitteln. Ein Antrag mit Widerrufsvorbehalt wird insbesondere bei der Klausel „Zwischenverkauf vorbehalten“ angenommen.

Die mit der Bindungswirkung des Antrags verbundenen Folgen begründen ein Interesse des Antragenden, nicht auf ewig sein Vertragsangebot aufrechterhalten zu müssen, zumal er es bei Nichtannahme unter Umständen einem anderen Interessenten unterbreiten möchte. Die Bindungswirkung des Angebotes ist beseitigt und das Angebot kann auch nicht mehr angenommen werden, wenn der Antrag erlischt. Dies ist gemäß § 146 1. Alt. BGB dann der Fall, wenn der Antrag dem Antragenden gegenüber abgelehnt wird. Der Antrag erlischt aber auch (§ 146 2. Alt. BGB), wenn er nicht rechtzeitig angenommen wurde.

Der einfachste Fall **nicht rechtzeitiger Annahme** ist der, dass der Antragende eine **Frist** bestimmt hat, die die andere Partei nicht einhält. Die Fristsetzung ist für den Antragenden vorteilhaft, da sie für alle Beteiligten klarstellt, wann die Bindungswirkung des Antrages erlischt. Die Fristsetzung ist ein rechtsgeschäftlicher Akt, bei dem der Antragende völlig frei ist. Die Frist kann also nicht auf ihre Angemessenheit hin überprüft und gegebenenfalls korrigiert werden. Sie wird in der Regel ausdrücklich erklärt, kann aber auch konkludent erklärt werden. Eine solche konkludente Angebotsbefristung kann sich aus der Natur des angestrebten Rechtsgeschäfts ergeben. Ein Paradebeispiel hierfür ist das Angebot zum Kauf eines Loses, das für den Erklärungsempfänger erkennbar die Befristung erhält, dass es nur bis zur Ziehung des Loses angenommen werden kann. Hat der Antragende keine Frist bestimmt, so ist gemäß § 147 BGB zu entscheiden, innerhalb welcher Zeitspanne das Angebot angenommen werden kann.

Hierbei wird - wie schon beim Zugang - wieder die Frage relevant, ob die Willenserklärung unter Anwesenden oder unter Abwesenden abgegeben wurde. Wie wir bereits im Rahmen der Vorlesung erfahren haben, versteht das BGB unter „Anwesenheit“ die Möglichkeit unmittelbarer Kommunikation der Parteien. Daher ist ein Antrag auch dann einem Anwesenden gegenüber abgegeben, wenn er mittels Fernsprecher von Person zu Person gestellt wurde, wie § 147 Abs. 1 Satz 2 BGB beispielhaft hervorhebt.

Wird das **Angebot einem Anwesenden gegenüber** abgegeben, so kann es von diesem nur „sofort“ angenommen werden. Dabei bedeutet sofort zwar nicht, dass das Angebot „in Sekundenschnelle“ angenommen werden muss, wohl aber, dass die Annahme so schnell wie objektiv möglich erfolgen muss. Selbst schuldloses Zögern verhindert also bei einem Antrag unter Anwesenden das Zustandekommen eines Vertrages. Der **einem Abwesenden gemachte Antrag** kann dagegen noch bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten konnte (§ 147 Abs. 2 BGB). Zur Ermittlung dieses Zeitraums hat es sich als sinnvoll erwiesen, die Zeit seit der Abgabe des Angebots in die jeweilige Transportfrist von Angebot und Annahme und in eine Überlegungsfrist zu unterteilen. Wie diese Fristen jeweils zu bemessen sind, hängt naturgemäß sehr vom Einzelfall ab, wobei sowohl die allgemeinen Umstände (z.B. Streik der Post, normale Beförderungsdauer eines Briefes) als auch die dem Antragenden bekannten besonderen Umstände auf Empfängerseite (z.B. Krankenhausaufenthalt, urlaubsbedingte Abwesenheit) zu berücksichtigen sind. Im Hinblick auf die Überlegungsfrist spielen insbesondere Art und Inhalt des Antrages eine wichtige Rolle. Dabei muss man z.B. mit einer längeren Zeit rechnen, wenn das Angebot einen komplexen Inhalt hat, der Empfänger noch Erkundigungen einholen oder Berechnungen anstellen muss oder wenn das Geschäft mit erheblichen Risiken verbunden ist.

Die **Transportfrist der Annahmeerklärung** hängt auch stark davon ab, welches Transportmedium die antwortende Partei wählen wird. Dabei kann der Antragende im Zweifel von dem Grundsatz der „Korrespondenz der Beförderungsmittel“ ausgehen. Dies bedeutet, dass der Antragende mit einer Antwort per E-Mail rechnen kann, wenn er seinerseits das Angebot per E-Mail übermittelt hat, dass er aber grundsätzlich nicht davon ausgehen kann, sein per Briefpost übersandtes Angebot werde per E-Mail beantwortet.

Geht die Annahmeerklärung dem Antragenden verspätet zu (§§ 147 Absatz 2, 148 BGB), so kann sie keinen Vertragsschluss mehr herbeiführen. Die verspätete Annahme eines Antrages gilt vielmehr als neuer Antrag (§ 150 Absatz 1 BGB). Dieser Grundsatz erfährt aber dann eine Ausnahme, wenn die dem Antragenden

verspätet zugegangene Annahmeerklärung für diesen erkennbar auf verkehrsbüblichem Wege dergestalt abgesendet worden ist, dass sie dem Antragenden bei regelmäßiger Beförderung rechtzeitig zugegangen sein würde. In diesem Fall wird nämlich der rechtzeitige Zugang der Annahmeerklärung gemäß § 149 Satz 2 BGB fingiert, wenn nicht der Antragende ohne schuldhaftes Zögern eine Verspätungsanzeige an den Annehmenden absendet.

### *b. Die Vertragsannahme*

Die Annahme eines Angebotes erfolgt **durch eine an den Antragenden gerichtete**, grundsätzlich **empfangsbedürftige Willenserklärung**. Der Inhalt einer Annahmeerklärung besteht in einer einschränkungslosen Bejahung des Antrages. Erfolgt die „Annahmeerklärung“ dagegen unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen, so gilt diese Erklärung gemäß § 150 Absatz 2 BGB als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag. § 150 Absatz 2 macht damit deutlich, dass die Annahme inhaltlich mit dem Antrag übereinstimmen muss. Ob dies der Fall ist, muss durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) sowohl des Antrags wie der auf ihn folgenden Willenserklärung der anderen Partei ermittelt werden. Dies wird in Lehrbüchern häufig am Beispiel der Bestellung einer vom Angebot abweichenden Warenmenge diskutiert.

Bestellt die auf das Angebot antwortende Partei weniger als in dem Antrag angeboten wurde, so hängt es alleine von der Auslegung des Vertragsangebotes ab, ob diese Willenserklärung eine Annahme darstellt. Ist dem Angebot nämlich zu entnehmen, dass die in ihm genannte Menge lediglich eine Höchstmenge darstellen sollte, dass der Antragende aber auch mit jeder Annahme, die unter dieser Höchstmenge bleibt, einverstanden ist, dann kommt auch durch die Bestellung einer geringeren als der im Angebot genannten Warenmenge ausnahmsweise ein Vertrag zu Stande. Bestellt der Antragsempfänger dagegen eine größere als die im Angebot genannte Menge, so entscheidet die Auslegung der „Bestellung“ darüber, ob diese zum Vertragsschluss führt. Dies ist dann der Fall, wenn die Erklärung „teilbar“ ist, d.h. wenn man ihr entnehmen kann, dass sie als mit einem Angebot über die Restmenge verbundene Annahmeerklärung zu verstehen ist.

Die Annahme kann als Willenserklärung wie das Angebot auch **konkludent** erklärt werden. Dabei braucht die Annahme nicht einmal gegenüber dem Antragenden erklärt zu werden, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat (§ 151 Satz 1 BGB). Unter den Voraussetzungen des § 151 Satz 1 BGB ist also die Annahmeerklärung ausnahmsweise nicht empfangsbedürftig. Dies macht es möglich, dass die **Annahme durch Erfüllungs-, Aneignungs- oder Gebrauchshandlungen** erklärt werden kann. Eine Annahme durch eine Erfüllungshandlung kommt z.B. dann in

Betracht, wenn das Versandunternehmen auf eine Bestellung eines Kunden hin die an den Besteller adressierte Ware zur Post aufgibt oder wenn der Hotelbesitzer auf eine kurzfristige, telegraphische Bestellung hin, den Gast in das Gästeverzeichnis einträgt und andere Gäste abweist. Im ersten Fall greift § 151 Satz 1 BGB deshalb ein, weil im Versandhandel eine entsprechende Verkehrssitte besteht, im letzteren Fall, weil der Kunde, der so kurzfristig ein Hotelzimmer bestellt, konkludent auf den Zugang der Annahmeerklärung verzichtet hat.

Eine Annahme durch Aneignungs- oder Gebrauchshandlungen ist etwa anzunehmen, wenn der Empfänger unbestellt zugesandter Waren, diese in Gebrauch nimmt, z.B. indem er seinen Namen in ein zugesandtes Buch schreibt und es liest. Die Vertragsannahme durch Aneignungs- oder Gebrauchshandlungen wird daher in erster Linie bei Realofferten in Betracht kommen. Einer Realofferte wird man regelmäßig auch einen konkludent erklärten Verzicht auf den Zugang der Annahme im Sinne des § 151 Satz 1 2. Alt. BGB entnehmen können.

Die Rechtsnatur der nach § 151 Satz 1 BGB nicht empfangsbedürftigen Annahme ist streitig. Überwiegend wird in einer solchen Annahme eine ganz normale Willenserklärung gesehen, die eben nur nicht empfangsbedürftig ist. Damit ließen sich die obigen Beispiele der Annahme durch Erfüllungs-, Gebrauchs- oder Aneignungshandlungen ganz einfach als konkludente Willenserklärungen einordnen. Demgegenüber wird aber auch vertreten, bei der nicht empfangsbedürftigen Annahme handele es sich nicht um Willenserklärungen, sondern um davon zu unterscheidende „Willensbetätigungen“. Dies wird damit begründet, dass die Willenserklärung ihrer Grundstruktur nach einen Kundgabezweck verfolge, während die Willensbetätigung lediglich durch Herstellung eines tatsächlichen Zustandes Rechtsfolgen herbeiführe, ohne dass es dabei auf die Willenskundgabe des Erklärenden ankomme. Diesem Streit kommt jedoch keine praktische Relevanz zu, da die Willensbetätigungen im Wesentlichen nach den gleichen Regeln wie die Willenserklärungen behandelt werden sollen.

Vergegenwärtigt man sich noch einmal, dass eine Annahmeerklärung die vorbehaltlose Zustimmung zum Vertragsangebot erfordert, dann kann bei „sich überkreuzenden Anträgen“ in keiner der Willenserklärungen eine Annahmeerklärung gesehen werden, auch wenn eine der Erklärungen der anderen zeitlich nachfolgt. So liegt es z.B. wenn A dem B einen Brief schreibt, in dem er ihm seinen Pkw für 10.000 Euro anbietet und B, ohne den Brief des A zu kennen, dem A schreibt, er wolle den Pkw des A für 10.000 Euro erwerben. Da in diesem Fall in keiner der Erklärungen die auf den Antrag der einen Partei Bezug nehmende Zustimmung der anderen Partei gesehen werden kann, kommt es hier nicht zum Vertragsschluss durch Angebot und Annahme. Es wird daher die Ansicht vertreten,

dass bei inhaltlich übereinstimmenden sich überkreuzenden Willenserklärungen kein Vertrag zu Stande komme, da ein Vertragsschluss auf jeden Fall voraussetze, dass die Willenserklärungen der Parteien mit Bezug aufeinander abgegeben werden. Es genüge demnach für den Vertragsschluss nicht, dass die Erklärungen ohne Bezug nebeneinander herlaufen. Demgegenüber wird kritisch eingewandt, dass der Vertragsschluss lediglich zwei sich inhaltlich deckende Willenserklärungen der Parteien voraussetze. Für den Vertragsschluss durch sich überkreuzende, aber übereinstimmende Erklärungen komme es demnach nur darauf an, dass innerhalb der Annahmefrist der jeweiligen Anträge von der anderen Partei der Wille erklärt werde, die vertragliche Regelung in Geltung zu setzen.

Ein **zusätzliches Problem** des Vertragsschlusses kann daraus resultieren, dass der **Antragende nach der Abgabe der Willenserklärung stirbt**. Man könnte annehmen, dass in diesem Fall eine Willenserklärung, die dem Empfänger noch nicht zugegangen ist, unwirksam wird. Das BGB hat in § 130 Abs. 2 aber genau das Gegenteil angeordnet: „Auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist es ohne Einfluss, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird“. § 130 Abs. 2 BGB ist seinem Wortlaut nach auch dann erfüllt, wenn der Erklärende Vorkehrungen getroffen hat, durch die der Zugang der Erklärung bewusst auf die Zeit nach seinem Tod hinausgeschoben wird. Die ganz herrschende Meinung belässt es denn auch grundsätzlich bei diesem Ergebnis und macht lediglich für den Fall des Widerrufs bestimmter bindend gewordener Verfügungen von Todes wegen (Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament nach §§ 2271 Abs. 1 Satz 1, 2296 BGB; Rücktritt vom Erbvertrag nach §§ 2293, 2296 BGB) eine Ausnahme (vgl. nur Roth, Andreas, NJW 1992, 791).

Im Allgemeinen hindert also der Tod des Erklärenden das Wirksamwerden einer vor seinem Tode abgegebenen Erklärung mit deren Zugang nicht. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob ein Vertragsangebot auch noch angenommen werden kann, wenn der Antragende nach der Abgabe der Willenserklärung gestorben ist. Dies hängt gemäß § 153 BGB vom Willen des Antragenden ab. Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass das Angebot auch im Falle des zwischenzeitlichen Versterbens des Antragenden fortgelten soll, es sei denn, dass ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist. Dabei ist fraglich, was unter dem „Willen“ des Antragenden zu verstehen ist. Davon hängt wiederum ab, wie dieser Wille zu ermitteln ist. Nach der herrschenden Meinung handelt es sich bei dem „Willen“ im Sinne des § 153 BGB um den hypothetischen Willen des Antragenden (vgl. MüKo-Kramer, § 153 Rdnr. 3). Nach dieser Auffassung ist also aus den tatsächlichen Umständen (z.B. durch Befragung von Zeugen) zu ermitteln, ob der Antragende das Angebot auch dann hätte gelten lassen wollen, wenn er bei der Abgabe vorausschauend seinen Tod bedacht hätte. Da es bei dieser Betrachtungsweise nur

auf den Willen des Erklärenden ohne Rücksicht darauf ankommt, ob dieser Wille für den Erklärungsempfänger auch erkennbar war, wird von den Vertretern dieser Auslegung dem Empfänger ein Ersatz des Vertrauensschadens analog § 122 BGB zugebilligt, wenn er im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages bereits Dispositionen getroffen hat, die sich im Nachhinein als nutzlos erweisen.

Demgegenüber versteht eine beachtliche Mindermeinung unter dem „Willen“ im Sinne des § 153 BGB den durch Auslegung der Willenserklärung nach §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden normativen Willen des Erklärenden (vgl. so etwa MüKo-Kramer, § 153 Rdnr. 3). Danach müsste man den Willen danach ermitteln, ob der Empfänger der Erklärung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte entnehmen konnte, dass der Antragende die Erklärung auch für den Fall seines Todes aufrechterhalten wollte.

Welcher Auffassung man sich letztlich auch anschließen will, so ist nach allen Auffassungen § 153 BGB jedenfalls zu entnehmen, dass man im Zweifel von der Annahmefähigkeit einer vor dem Tode des Erklärenden abgegebenen Willenserklärung auszugehen hat.

Typische **Beispiele** eines beim Tode des Antragenden ausnahmsweise nicht annahmefähigen Antrages sind etwa Bestellungen für den persönlichen Bedarf oder Angebote persönlich zu erbringender Leistungen (Beispiel: Schlagersänger bietet einen Auftritt in einer Fernsehsendung an und verstirbt nach Absendung des Angebotes).

## 2. Einigungsmängel

Vom Vertragsschluss durch übereinstimmende Willenserklärungen, dem **Konsens**, ist die Nichtübereinstimmung zweier Willenserklärungen, der **Dissens**, zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist deshalb wichtig, weil in der juristischen Diskussion gelegentlich Willens- und Einigungsmängel miteinander verwechselt werden, so dass etwa dann, wenn der Erklärende an einem durch Auslegung ermittelten (§§ 133, 157 BGB) Erklärungsinhalt festgehalten wird, der mit seinem inneren Willen nicht übereinstimmt, wenn also ein normativer Konsens vorliegt, hin und wieder in einem untechnischen Sinne von Dissens gesprochen wird (so genannter „Scheindissens“). Von Dissens kann man also nur dann sprechen, wenn kein Konsens der Parteien durch Übereinstimmung ihres wirklichen Willens oder wenigstens durch Übereinstimmung des durch Auslegung ermittelten objektiven Erklärungsgehaltes ihrer Erklärungen vorliegt. Bevor ein Dissens festgestellt werden kann, müssen demnach die Erklärungen der Parteien ausgelegt werden.

Dieses Verhältnis von Auslegung und Dissens wird immer wieder gerne an folgendem **Fall** verdeutlicht, den es in der Welt des Euro nicht mehr geben wird:

Der Brüsseler Weinhändler B verhandelt in deutscher Sprache mit dem französischen Winzer F am Rande einer in Frankfurt stattfindenden Fachmesse über die Lieferung einer bestimmten Menge Wein. Beide einigen sich auf einen Kaufpreis von „5000 Francs“. Als F den Wein liefert und von B Zahlung verlangt, stellen sie fest, dass B von belgischen Francs und F von französischen Francs ausgegangen ist, da jeder meinte, sein Gegenüber drücke den Preis in seiner Landeswährung aus. Haben B und F sich tatsächlich über einen Kaufpreis von 5000 belgischen Francs geeinigt oder handelt es sich hier um einen typischen Fall des Dissenses?

Dieses Beispiel zeigt deutlich, dass man nicht vorschnell behaupten sollte, dass ein Dissens vorliegt, sondern dass man vielmehr zuallererst die Erklärungen nach dem Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB auslegen muss. Dabei wird deutlich, dass man die Frage, ob sich die Parteien über französische oder belgische Francs geeinigt haben, wegen der objektiven Mehrdeutigkeit, den der Begriff „Francs“ auf deutschem Boden hatte, nicht ohne weitere Informationen über die tatsächlichen Umstände entscheiden kann. So würde z.B. für eine bestimmte Währung sprechen, wenn die Parteien bereits mehrfach miteinander Geschäfte in dieser Währung ausgehandelt hätten oder wenn F an einem Verkaufsstand stünde, an dem er alle Weinpreise in einer bestimmten Währung angegeben hätte, so dass für jeden Kunden ersichtlich wäre, dass F seine Preise nur auf der Basis dieser Währung kalkuliert. Ein anderer Gesichtspunkt, der bei der Auslegung der Erklärungen eine Rolle spielen könnte, wäre der übliche Marktpreis der Ware, so dass eine Währung, bei der der Kaufpreis exorbitant über den Marktpreis hinausschießen würde oder bei der der Kaufpreis erheblich unter dem Marktpreis liegen würde, dann ausscheiden müsste, wenn die Parteien sich offensichtlich am Marktpreis orientiert haben, was man schon dann bejahen könnte, wenn sie sich sehr rasch über den Kaufpreis verständigt haben. Schließlich könnte der Ort des Vertragsschlusses eine Rolle spielen. Würde der obige Fall z.B. in Frankreich oder in Belgien spielen, so könnte man mangels abweichender Umstände nach der Verkehrssitte davon ausgehen, dass die Landeswährung gemeint war. Wenn aber in dem vorliegenden Fall keine solchen besonderen Umstände aus dem Kontext der Erklärung vorliegen, die es ermöglichen, durch Auslegung der Erklärungen gemäß §§ 133, 157 BGB einen eindeutigen objektiven Erklärungsinhalt zu ermitteln, dann liegt wegen der objektiven Mehrdeutigkeit der Erklärungen des F und des B und wegen ihres unterschiedlichen Geschäftswillens ein Dissens vor (so genannter „**Scheinkonsens**“).

F und B haben sich nicht über den Kaufpreis als einen für den Kaufvertrag konstituierenden, regelungsbedürftigen Punkt geeinigt. Damit ist zwischen ihnen



kein Kaufvertrag zustande gekommen. Wenn die Parteien überhaupt keine Einigung oder wie hier keine Einigung bezüglich der essentialia negotii erzielt haben, dann spricht man von einem Totaldissens oder einem logischen Dissens. Allerdings war F und B der Einigungsmangel nicht bewusst. Je nachdem, ob den Parteien der Einigungsmangel bewusst ist oder nicht, **unterscheidet** man zwischen **offenem und verstecktem Dissens**. Der offene Dissens ist in § 154 Abs. 1 BGB geregelt, der versteckte Dissens in § 155 BGB. Dabei besagen diese Vorschriften pauschal gesprochen, dass Verträge beim offenen Dissens im Zweifel nicht geschlossen sind, während ein Vertrag beim versteckten Dissens ausnahmsweise zustande kommen kann, wenn anzunehmen ist, dass dies dem mutmaßlichen Willen der Parteien bei Vertragsschluss entspricht.

*a. §§ 154, 155 BGB und essentialia negotii*

Hält man sich diese Aussagen der §§ 154, 155 BGB vor Augen, so ist sehr fraglich, ob diese Vorschriften auf den Dissens bezüglich wesentlicher Vertragsbestandteile (essentialia negotii) anwendbar sind.

Dies würde nämlich bedeuten, dass etwa ein Kaufvertrag, bei dem sich die Parteien über den Kaufpreis nicht einig sind, nur „im Zweifel“ nicht geschlossen wäre, so dass selbst bei einer fehlenden Einigung der Parteien über den Kaufpreis ein Kaufvertrag jedenfalls dann zustande kommen könnte, wenn die Parteien sich rechtlich binden wollen. Diese Ansicht wird in der Tat in der Literatur unter Berufung auf eine Entscheidung des OLG Hamm vertreten (so etwa Musielak, Grundkurs BGB, Rdnr. 136). Der Entscheidung des OLG Hamm (in: NJW 1976, 1212 f.) lag folgender - für die Zwecke der Vorlesung leicht abgewandelter - **Sachverhalt** zugrunde:

A verkauft dem B durch notariell beurkundeten Kaufvertrag ein mit einem neu errichteten Einfamilienhaus bebautes Grundstück. Da A zunächst selbst beabsichtigt hat, in das Haus einzuziehen, ist es bereits mit Einrichtungsgegenständen im Gesamtwert von 20.000 DM ausgestattet, die z.T. besonders auf die Raumverhältnisse des Neubaus zugeschnitten sind. Er ist daher bestrebt, dem B auch diese Einrichtungsgegenstände, für die er selbst keine Verwendung mehr hat, zu verkaufen. Allerdings können A und B sich nicht auf einen Kaufpreis einigen. B bezieht schließlich das Haus und nimmt die Einrichtungsgegenstände in Gebrauch. Nachdem sich A und B auch im weiteren Verlauf ihrer Verhandlungen nicht einigen können, erhebt A gegen B Klage auf Zahlung von 20.000 DM Kaufpreis.

A hat aus § 433 Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Zahlung von 20.000 DM, wenn zwischen A und B ein Kaufvertrag über die Einrichtungsgegenstände zu diesem Kaufpreis zustande gekommen ist.

Der Kaufvertrag könnte bei der Übertragung des Besitzes an den Einrichtungsgegenständen von A an B zustande gekommen sein. Dann müsste man in der Besitzüberlassung der Möbel von A an B einen konkludenten Antrag des A auf Abschluss eines Kaufvertrages über die Einrichtungsgegenstände sehen. Das OLG Hamm bejaht dies, in dem es den Rechtsbindungswillen des A aus den Umständen durch Auslegung des Verhaltens des A ermittelt: B habe wegen des mit der Benutzung der Möbel unvermeidlich verbundenen Wertverlustes nicht davon ausgehen können, dass A ihm die Möbel unentgeltlich überlässt. Vielmehr habe er bei einer Auslegung des Verhaltens des A gemäß §§ 133, 157 BGB die Besitzüberlassung gerade auch im Hinblick darauf, dass A das Grundstück nicht ohne die Einrichtungsgegenstände verkaufen wollte, nach Treu und Glauben als konkludenten Antrag zum Abschluss eines Kaufvertrages „bei offener und noch festzulegender Kaufpreishöhe“ verstehen müssen. Diesen Antrag habe der B auch konkludent angenommen, indem er die Möbel benutzt habe. Allerdings setzt diese Lösung des OLG Hamm voraus, dass man einen Kaufvertrag überhaupt ohne Einigung über den Kaufpreis, der immerhin ein den Vertragstyp „Kaufvertrag“ konstituierender wesentlicher Bestandteil ist, schließen kann. Das OLG Hamm bejaht dies unter Hinweis auf § 154 Absatz 1 Satz 1 BGB, aus dem folge, dass der offene Dissens nur „im Zweifel“ den Vertragsschluss hindere, so dass es bei einer diesen Zweifel ausräumenden Auslegung der Willenserklärungen der Parteien zum Vertragsschluss kommen könne. Im übrigen gebiete auch die Vertragsfreiheit, „daß die Parteien auch wesentliche Punkte - wie hier die Höhe des Kaufpreises - offenlassen können, ohne daß dies einer von den Parteien gewollten vertraglichen Bindung entgegensteht“ (NJW 1976, 1212).

Diese Argumentation des OLG Hamm setzt voraus, dass § 154 Absatz 1 Satz 1 BGB überhaupt auf die **essentialia negotii** anwendbar ist. Dies wird jedoch in der Literatur überwiegend abgelehnt (vgl. nur Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Auflage 1979, § 34 6 b; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage 2004, § 29 Rdnrn. 74 bis 83). Danach sind die §§ 154, 155 BGB nur auf vertragliche Nebenpunkte (*accidentalia negotii*) zugeschnitten, da sie erkennbar auf dem Gedanken beruhen, dass ein Vertragsschluss nicht an der fehlenden Einigung über unwesentliche Punkte scheitern soll, wenn dies dem Willen der Parteien entspricht. Wenn sich die Parteien demgegenüber etwa nicht über einen wesentlichen Vertragsbestandteil (z.B. den Kaufpreis) einigen könnten, dann komme eben wegen Totaldissenses kein Vertrag zustande, auch wenn die Parteien trotz der Lücke im Vertrag eine rechtliche Bindung gewollt hätten.

Für diese Ansicht spricht, dass es nicht angehen kann, dass das Gericht im Wege „**ergänzender Vertragsauslegung**“ anstelle der Parteien, die sich auf Grund ihrer

Unentschlossenheit nicht über den Kaufpreis einigen konnten, den Kaufpreis festlegt, denn eine ergänzende Vertragsauslegung kommt schon begrifflich nur dort in Betracht, wo es überhaupt etwas zu ergänzen gibt, wo also bereits ein Vertrag geschlossen wurde. Dies folgt schon daraus, dass das Gericht bei der ergänzenden Vertragsauslegung die Lücke im Vertrag durch Rückgriff auf den hypothetischen Parteiwillen schließen muss, was aber nur möglich ist, wenn überhaupt „vertragliche Wertungen vorhanden sind, die es dem Gericht erlauben, auf einen hypothetischen Parteiwillen zu schließen“ (so Jung, JuS 1999, 28, 29). Ansonsten könnten die Parteien über den gesetzlichen Aufgabenbereich des Gerichtes bestimmen und das Gericht zu ihrem „Preisfinder“ bestimmen, obwohl der gesetzliche Aufgabenbereich der Gerichte gerade nicht der Parteidisposition unterliegt. Die Parteien „können nicht eine vertraglich zu treffende Regelung dem Richter überlassen. Der Richter ist vielmehr nach den §§ 315 ff. BGB erst sekundär zur Entscheidung berufen“ (Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Auflage 1979, § 34 6 e). Entscheidend gegen die Lösung des OLG Hamm könnte schließlich sprechen, dass das Zustandekommen eines Kaufvertrages nach § 433 Absatz 1 BGB gerade - anders als etwa beim Dienst- oder beim Werkvertrag (vgl. §§ 612 Absatz 2, 632 Absatz 2 BGB) - zwingend voraussetzt, dass die Parteien sich über den Kaufgegenstand und den Kaufpreis als wesentliche Vertragsbestandteile geeinigt haben oder dass sie wenigstens nach §§ 315 ff. BGB eine Bestimmung darüber getroffen haben, wer den Kaufpreis für sie bindend festlegen soll (Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Auflage 1979, § 34 6 b).

Da sich die Parteien gerade nicht über den Kaufpreis geeinigt haben, käme hier nur noch in Betracht, dass dem Gläubiger A ein Bestimmungsrecht eingeräumt worden ist. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht soll dies im vorliegenden Fall aus § 316 BGB folgen (Jung, JuS 1999, 28, 32). Nach dieser Vorschrift steht für den Fall, dass „der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt ist, die Bestimmung im Zweifel“ dem Gläubiger der Gegenleistung zu. Dem Wortlaut nach wäre also § 316 BGB tatsächlich einschlägig, wenn man annimmt, dass A und B sich bereits über die Leistung (Möbel) und die Verpflichtung des B zur Gegenleistung geeinigt haben, wobei lediglich der Umfang des Kaufpreises offengeblieben ist.

Allerdings scheint zumindest der Rechtsprechung das Ergebnis dann doch nicht ganz geheuer zu sein, da sie ausdrücklich darauf hinweist, dass es sich bei § 316 BGB um eine Auslegungsregel handle, die nur „im Zweifel“ angewendet werden dürfe, so dass ein entgegenstehender Wille der Parteien die Anwendbarkeit der Vorschrift auch dann bereits hindere, wenn es sich bei diesem Willen nur um den mutmaßlichen Willen handle. Einen entgegenstehenden mutmaßlichen Willen

entnimmt der BGH dann im Falle eines Maklervertrages der Interessenlage der Parteien, wobei seine Argumentation ohne weiteres ebenso bei einem Kaufvertrag eingreifen würde: Ein Bestimmungsrecht des Gläubigers nötige den Schuldner dazu, sich mit jedem Betrag abzufinden, der die „unter Umständen nicht unbeträchtliche Spanne der Billigkeit noch nicht überschreitet“. Hierin läge ein so großes Entgegenkommen des Schuldners an den Gläubiger, dass im allgemeinen nicht angenommen werden könne, der Schuldner sei dazu bereit (so BGHZ 94, 98, 102 f.). Daher will der BGH dann zwar trotz des noch offenen Kaufpreises ein Zustandekommen des Vertrages bejahen, jedoch statt eines Bestimmungsrechts des Gläubigers dem Willen der Parteien entnehmen, dass das Gericht den Kaufpreis im Wege ergänzender Vertragsauslegung bestimmen soll (so jedenfalls versteht Jung, JuS 1999, 28, 32 den BGH).

Das allerdings führt zu der problematischen Ersetzung der Einigung der Parteien durch eine gerichtliche Preisbestimmung. Fragen wir den Gesetzgeber! Das Ergebnis ist überraschend: Der Gesetzgeber hat das Problem gesehen, es erörtert und bewusst so entschieden, dass er gerade für die fehlende Vereinbarung über die Höhe des Preises beim Kaufvertrag den Kaufvertrag mit der Anordnung der Auslegungsregel, dass im Zweifel der Verkäufer den Preis nach § 316 BGB bestimmen können solle, retten wollte (vgl. die Dokumentation bei Jakobs/Schubert, Die Beratung des BGB, Recht der Schuldverhältnisse I, 1978, S. 422 ff.). Dabei funktioniert die Auslegungsregel so: Es geht um den Inhalt der vertraglichen Vereinbarung, wenn zwar über die Entgeltlichkeit nicht aber über die Höhe des Entgelts eine Einigung erzielt worden ist. Hier sollen die Erklärungen der Parteien im Zweifel so zu verstehen sein, dass der Gläubiger der noch unbestimmten Forderung die Leistung bestimmen können soll. Die Zweifelsregelung bedeutet, dass der Vertragsteil, der eine andere Regelung behauptet und geltend macht, die andere Regelung beweisen muss. Der Beweis kann durchaus dahin gehen, dass eine einseitige Leistungsbestimmung nicht gewollt gewesen ist. Wenn dann die Leistungsbestimmung ausscheidet, ist die Feststellung des Nichtzustandekommens eines Vertrages so gut wie unausweichlich.

### *b. Offener Dissens (§ 154 Abs. 1 BGB)*

Haben die Parteien sich zwar bereits über die wesentlichen Vertragsbestandteile geeinigt, jedoch über vertragliche Nebenpunkte noch keine Einigung erzielt und sind sie sich dessen auch bewusst (offener Dissens), so kommt es auf den **Willen der Parteien** an, ob der Vertrag bereits geschlossen ist oder ob sie sich erst dann rechtlich binden wollten, wenn über den noch offen gebliebenen Nebenpunkt eine Einigung erzielt worden ist. Der Wille der Parteien ist durch Auslegung zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB). Dabei ist ein wichtiger Gesichtspunkt, welche

Bedeutung die Parteien dem noch offenen Punkt beimessen. Kommt es etwa einer Partei erkennbar auf die Regelung dieses Punktes in ihrem Sinne an, so spricht dies gegen einen Vertragsschluss. Umgekehrt ist in der Regel von einem Vertragsschluss auszugehen, wenn der Nebenpunkt als so nebensächlich angesehen, dass sie daran das Zustandekommen des Vertrages nicht scheitern lassen wollen. Häufig kann sich ein Rechtsbindungswille trotz offenen Dissenses dem Verhalten der Parteien entnehmen lassen. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Parteien bereits in beiderseitigem Einvernehmen mit der Vertragsdurchführung beginnen. Unter Kaufleuten ist bei der Auslegung von Erklärungen gemäß § 346 HGB auch auf Handelsbräuche Rücksicht zu nehmen. So hat z.B. das OLG Frankfurt (NJW 1977, 1015, 1016) entschieden, dass es im internationalen Mineralölhandel handelsüblich ist, Verträge nach der Einigung der Parteien über wesentliche Punkte als geschlossen zu betrachten, und daher in einem Fall, in dem sich die Parteien über die Menge des zu liefernden Benzins und den Preis (also über die essentialia negotii eines Kaufvertrages) einig waren, einen Vertragsschluss bejaht, obwohl die Parteien keine Einigung über die Zahlungsbedingungen erzielen konnten.

Erst wenn sich der Parteiwille nicht durch Auslegung eindeutig ermitteln lässt, greift die Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB ein, nach der der Vertrag beim offenen Dissens „im Zweifel“ nicht geschlossen ist. Daran ändert dann auch nach der klarstellenden Vorschrift des § 154 Abs. 1 Satz 2 BGB der Umstand nichts, dass die Punkte, über die die Parteien bereits Verständigung erzielt hatten, aufgezeichnet worden sind (Aufzeichnung über einzelne Vertragspunkte = „Punktation“).

### *c. Versteckter Dissens (§ 155 BGB)*

Beim versteckten Dissens im Sinne des § 155 BGB glauben die Parteien, sich bereits vollständig und rechtlich bindend geeinigt zu haben, obwohl das nicht zutrifft. Die irrtümliche Annahme der Parteien kann etwa darauf beruhen, dass die Parteien während der Verhandlungen einen regelungsbedürftigen Punkt vergessen oder übersehen („verdeckte oder verborgene Unvollständigkeit“), dass sie inhaltlich voneinander abweichende Erklärungen abgeben, ohne dies zu bemerken, weil sie sich z.B. beide verhehlen („Erklärungsdissens“) oder dass sie wie in dem obigen „Frans-Beispiel“ einen objektiv mehrdeutigen Begriff benutzen, den sie jeweils anders verstehen und dessen Inhalt sich auch nicht durch Auslegung eindeutig ermitteln lässt („Scheinkonsens“).

Nach den bisher vorgestellten allgemeinen Regeln über den Vertragsschluss käme beim versteckten Dissens kein Vertrag zustande. Hier greift § 155 BGB ein, der

diese Rechtslage insoweit modifiziert. Gemäß § 155 BGB kommt beim versteckten Dissens bezüglich vertraglicher Nebenpunkte ein Vertrag dann zustande, wenn nach dem hypothetischen Willen der Parteien bei Vertragsschluss der Vertrag auch ohne Einigung über den offenen Punkt geschlossen worden wäre. Lässt sich ein solcher hypothetischer Wille nicht ermitteln, so kommt eben infolge des Dissenses kein Vertrag zustande. Führt die Ermittlung des hypothetischen Willens dazu, dass ein Vertragsschluss bejaht werden kann, dann muss die wegen des Dissenses bestehende Vertragslücke durch ergänzende Vertragsauslegung oder durch Rückgriff auf das dispositive Gesetzesrecht ausgefüllt werden.

### 3. Bedingungen und Befristungen

#### *a. Begriff und Bedeutung*

Die Parteien können die Wirksamkeit ihrer Rechtsgeschäfte von Bedingungen oder Befristungen abhängig machen. Die Bedeutung der rechtsgeschäftlich bestimmten Bedingung oder Befristung liegt darin, dass sie den Parteien die Möglichkeit eröffnet, die Gleichzeitigkeit von Rechtsgeschäft und Rechtsentstehung zu durchbrechen. Dadurch können sie schon bei Geschäftsabschluss gewissen oder ungewissen künftigen Umständen Rechnung tragen und die rechtsgeschäftliche Regelung den sich verändernden Umständen anpassen. Die Bedingung ist daher ein beliebtes Mittel der Vertragsgestaltung, das sich insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen anbietet.

Unter einer **Bedingung** im Sinne des § 158 BGB versteht man sowohl die in ein Rechtsgeschäft eingefügte Bestimmung, die die **Rechtswirkungen** des Geschäfts **von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängig** macht, als auch dieses Ereignis selbst. Demnach hat der Begriff der „Bedingung“ im Rechtssinne eine vom allgemeinen Sprachgebrauch erheblich abweichende Bedeutung. Im Alltag und selbst in der Rechtssprache (vgl. nur den Abschnitt „Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen“, §§ 305 ff. BGB) versteht man unter „Bedingung“ nämlich oft lediglich die von den Parteien ausgehandelten Vertragsbestimmungen, wie dies etwa in häufig gebrauchten Worten wie z.B. „Zahlungsbedingungen“, „Lieferbedingungen“, „allgemeine Geschäftsbedingungen“ etc. zum Ausdruck kommt. Bei diesen Vertragsbedingungen handelt es sich aber ebenso wenig um ungewisse, künftige Ereignisse wie bei den so genannten Rechtsbedingungen. Hierunter versteht man in Abgrenzung zu den rechtsgeschäftlich begründeten Bedingungen die tatbestandlichen Voraussetzungen, die eine Rechtsnorm für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts aufstellt. Als Beispiel hierfür kann man etwa

das Erfordernis einer Genehmigung eines von einem Minderjährigen abgeschlossenen Vertrages durch den gesetzlichen Vertreter (§ 108 Abs. 1 BGB) anführen. Schließen daher der Minderjährige A und der Volljährige B einen Kaufvertrag „unter der Bedingung, dass die Eltern des A den Vertrag genehmigen“, dann haben sie keine Bedingung i.S. des § 158 Abs. 1 BGB vereinbart, sondern verweisen lediglich deklaratorisch auf das von Gesetzes wegen bestehende Genehmigungserfordernis des § 108 Abs. 1 BGB.

Da der Eintritt einer rechtsgeschäftlich vereinbarten Bedingung unmittelbaren Einfluss auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts hat, kann man „**aufschiebende Bedingungen**“, bei denen das Rechtsgeschäft beim Eintritt der Bedingung wirksam wird (§ 158 Abs. 1 BGB), von „**auflösenden Bedingungen**“ unterscheiden, bei denen mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts endet (§ 158 Abs. 2 BGB).

Inhaltlich kann das zukünftige Ereignis ganz unterschiedlicher Art sein. Dabei kann es sich sowohl um vom menschlichen Willen unabhängige Ereignisse (wie z.B. Naturereignisse) als auch um die Handlung eines Dritten oder sogar der Parteien selbst handeln. Wenn die Bedingung allein in einer Handlung besteht, die vom Willensentschluss einer der Vertragsparteien abhängt, dann spricht man von einer „**Potestativbedingung**“. Die Potestativbedingung ist grundsätzlich zulässig, kann aber im Einzelfall sittenwidrig sein (§ 138 Abs. 1 BGB), wenn durch sie in den Kernbereich der Entscheidungsfreiheit einer Person, insbesondere bei höchstpersönlichen Entscheidungen eingegriffen wird. Dies wird z.B. angenommen, wenn ein Schenkungsversprechen unter der Bedingung abgegeben wird, dass der andere die Konfession wechselt oder sich von seiner Ehefrau scheiden lasse.

Von der Potestativbedingung ist die „**Wollensbedingung**“ zu unterscheiden, bei der die Geltung eines Rechtsgeschäfts davon abhängig gemacht wird, ob ein Vertragspartner später erklärt, dass er das Geschäft gelten lassen will, wobei die Entscheidung darüber in sein freies Belieben gestellt ist. Fraglich ist, ob die vertragliche Vereinbarung einer solchen Wollensbedingung überhaupt möglich ist. Dagegen spricht, dass die Auslegung einer Erklärung, bei der es einer Partei vorbehalten bleibt zu erklären, ob der Vertrag gelten soll oder nicht, ergibt, dass dieser Partei gerade der für das Vorliegen einer Willenserklärung erforderliche Rechtsbindungswille fehlt; sie will sich vielmehr erst dann binden, wenn sie ihre Geltungserklärung abgibt, die dann die Annahmeerklärung zu dem bis dahin annahmefähigen Angebot der anderen Partei darstellt. Da es also zum Zeitpunkt der Vereinbarung der Wollensbedingung noch kein Rechtsgeschäft gibt, das von einer Bedingung abhängig gemacht werden könnte, ist erst recht für eine derartige

Bedingung kein Raum. Die Vereinbarung einer Wollensbedingung ist daher konstruktiv nicht möglich.

In Abgrenzung zur Bedingung versteht man unter einer **Befristung** die vertragliche Bestimmung, die die **Rechtswirkungen des Geschäfts von einem gewissen, zukünftigen Ereignis abhängig** macht. Entsprechend der Terminologie bei der Bedingung kann man auch bei der Befristung danach unterscheiden, ob das Rechtsgeschäft mit dem Eintritt des Ereignisses wirksam werden soll (aufschiebende Befristung, §§ 163, 158 Abs. 1 BGB) oder ob die Wirkung des Rechtsgeschäfts mit dem Eintritt des Ereignisses enden soll (auflösende Befristung, §§ 163, 158 Abs. 2 BGB). Allerdings ist die Abgrenzung zwischen Bedingung und Befristung nicht immer so einfach, wie es auf den ersten Blick erscheint. So kann z.B. ein Ereignis hinsichtlich des „Ob“ unsicher, hinsichtlich des „Wann“ aber sicher sein. So liegt es z.B. wenn der Enkel seinem Großvater verspricht, ihm zum 80. Geburtstag eine Weltreise „zu schenken“. In diesem Fall steht das Datum des 80. Geburtstages bereits fest, nicht aber, ob der Großvater diesen Geburtstag auch erlebt. Handelt es sich dann um ein aufschiebend bedingtes oder um ein aufschiebend befristetes Schenkungsversprechen?

Eindeutig fällt die Abgrenzung zwischen Bedingung und Befristung lediglich dann aus, wenn das zukünftige Ereignis hinsichtlich „Ob“ und „Wann“ sicher ist (z.B. Angabe eines bestimmten Datums), denn handelt es sich eindeutig um eine Befristung, oder wenn es hinsichtlich „Ob“ und „Wann“ unsicher ist (z.B. Schenkungsversprechen für den Fall des bestandenen Exams oder für den Fall des Lottogewinns), denn dann handelt es sich eindeutig um eine Bedingung. Schwierigkeiten bereiten demnach lediglich die Fälle, in denen entweder nur das „Ob“ oder nur das „Wann“ unsicher ist. Dabei ist man sich für den Fall, dass lediglich das „Wann“ unsicher ist, einig, dass von einer Befristung auszugehen ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Eintritt bestimmter Rechtswirkungen vom Tod abhängig gemacht wird, denn dass der Tod eintreten wird, ist immer gewiss. Demgegenüber ist die Einordnung umstritten, wenn nur das „Ob“ ungewiss ist. Dies ist streng genommen immer dann der Fall, wenn das Wirksamwerden bzw. Unwirksamwerden eines Rechtsgeschäfts davon abhängig gemacht wird, dass eine Person ein bestimmtes Alter erreicht.

Ein typisches **Beispiel** hierfür ist die in Arbeitsverträgen häufig anzutreffende Vereinbarung, dass der Vertrag bei Erreichen des 65. Lebensjahres durch den Arbeitnehmer beendet wird. Auch unser Fall, in dem der Enkel seinem Großvater eine Schenkung für seinen 80. Geburtstag verspricht, wäre ein Beispiel für diese Fallgruppe. Weit verbreitet ist bei diesen Fällen die Ansicht, die die Einordnung solcher Bestimmungen als Bedingung oder Befristung vom Parteiwillen abhängig



macht (vgl. Hromadka, NJW 1994, 911). Danach wäre wie folgt zu differenzieren: Gehen die Beteiligten davon aus, dass die Person das Alter auf jeden Fall erreichen wird, so soll es sich um eine Befristung handeln, im anderen Fall um eine Bedingung. Ist im Falle der 65-Jahresgrenze im Arbeitsvertrag oder des Schenkungsversprechens für den Großvater der jeweilige Geburtstag zeitlich sehr nah, so ist danach von einer Befristung auszugehen, liegt er dagegen noch in ferner Zukunft so handelt es sich um eine Bedingung. Demgegenüber wird in der Literatur aber auch die Auffassung vertreten, dass es sich bei diesen Fällen immer um eine Befristung handele, deren Wirksamkeit lediglich von der Voraussetzung („unechte Bedingung“) abhängt, dass eine bestimmte Person ein bestimmtes Lebensalter erreicht (Hromadka, NJW 1994, 911 f.).

### *b. Zulässigkeit von Befristungen und Bedingungen*

Der gesetzlichen Regelung der §§ 158, 163 BGB kann man entnehmen, dass Rechtsgeschäfte entsprechend dem Grundsatz der Privatautonomie grundsätzlich unter Bedingungen oder Befristungen vorgenommen werden können, also bedingungs- und befristungsfreundlich sind. Demgegenüber gibt es aber auch Ausnahmen, die man als **bedingungs- bzw. befristungsfeindliche Rechtsgeschäfte** bezeichnet. Die in der Bedingungs- bzw. Befristungsfeindlichkeit liegende Einschränkung der Privatautonomie kann unterschiedliche rechtfertigende Gründe haben. Am einfachsten liegt es, wenn das **Gesetz** selbst die Bedingungs- bzw. Befristungsfeindlichkeit anordnet. Hierbei handelt es sich regelmäßig um Rechtsgeschäfte, die gegenüber einer Vielzahl von Personen Wirkungen entfalten, so dass der Gesetzgeber im öffentlichen Interesse die mit der Zulassung von Bedingungen bzw. Befristungen verbundene Rechtsunsicherheit ausschließen wollte. Ein wichtiges **Beispiel** hierfür ist die dingliche Einigung zur Übertragung des Eigentums an Grundstücken (Auflassung), die der Gesetzgeber in § 925 Abs. 2 BGB für bedingungs- und befristungsfeindlich erklärt hat. Auch in unserer heutigen Wirtschaftsordnung zählen Grundstücke zu den besonders wichtigen Wirtschaftsgütern, bei deren Übertragung und damit auch deren rechtlicher Zuordnung keinerlei Unsicherheiten bestehen sollen.

Typische **Beispiele** für kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung befristungs- und bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte sind auch familienrechtliche Rechtsgeschäfte, die den persönlichen Status eines Menschen betreffen. Auch diese Rechtsgeschäfte führen Rechtsfolgen herbei, die im Rechtsverkehr von jedermann beachtet werden müssen. Im Übrigen liegt der Grund für die Befristungs- und Bedingungsfeindlichkeit dieser Rechtsgeschäfte darin, dass sie von großer Bedeutung für das weitere Leben des von ihnen betroffenen Menschen sind, der daher zu jedem Zeitpunkt Gewissheit über die Wirksamkeit dieser

Rechtsgeschäfte haben soll. Beispiele für solche befristungs- und bedingungsfeindliche familienrechtliche Rechtsgeschäfte sind die Eheschließung (§ 1311 Satz 2 BGB), die Anerkennung der Vaterschaft zu Gunsten eines Kindes, dessen Eltern nicht miteinander verheiratet sind (§ 1594 Abs. 3 BGB), die Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge für ein solches Kind (§ 1626 b Abs. 1 BGB) oder die Einwilligung des Kindes und seiner leiblichen Eltern in die Adoption des Kindes (§§ 1746, 1747, 1750 Abs. 2 Satz 1 BGB).

Die gesetzliche Anordnung der Befristungs- und Bedingungsfeindlichkeit kann ihren Grund aber auch alleine in den Interessen des Erklärungsempfängers haben. Dies ist insbesondere bei einseitigen Rechtsgeschäften der Fall, die in fremde Vermögensverhältnisse eingreifen und an denen der Erklärungsempfänger selbst nicht mitwirkt. Als Beispiel hierfür kann man die Aufrechnungserklärung anführen, die gemäß § 388 Satz 2 BGB unwirksam ist, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird. Der der Vorschrift des § 388 Satz 2 BGB zugrunde liegende Gedanke ist darin zu sehen, dass derjenige, der es hinnehmen muss, dass ein anderer einseitig ein Rechtsverhältnis gestalten kann, an dem der Erklärungsempfänger beteiligt ist, dann wenigstens eindeutig wissen soll, woran er ist. Dieser Gedanke ist jedoch über die Aufrechnungserklärung hinaus verallgemeinerungsfähig, da der Erklärungsempfänger in seinem Interesse an Gewissheit über die Rechtslage auch bei anderen Gestaltungserklärungen nicht weniger schutzbedürftig ist als bei der Aufrechnungserklärung. Daher wird allgemein angenommen, dass auch die Anfechtungs-, Rücktritts- und Kündigungserklärung befristungs- und bedingungsfeindlich sind, obgleich das BGB dies nicht ausdrücklich anordnet.

Nimmt man den Gedanken ernst, dass die grundsätzliche Befristungs- und Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungserklärungen allein dem Schutz des Erklärungsempfängers zu dienen bestimmt ist, dann folgt daraus, dass bedingte oder befristete Gestaltungserklärungen dann zulässig sind, wenn der Erklärungsempfänger ausnahmsweise nicht schutzbedürftig ist. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Parteien die Zulässigkeit befristeter oder bedingter Rechtsgeschäfte vereinbart haben, da der Erklärungsempfänger dann auf seinen Schutz selbst verzichtet hat. Der Erklärungsempfänger ist darüber hinaus auch dann nicht schutzbedürftig, wenn trotz Befristung/Bedingung der Gestaltungserklärung für ihn überhaupt keine Unklarheit über die Rechtslage eintreten kann. Das wird man insbesondere bei Potestativbedingungen annehmen können, bei denen die Wirksamkeit einer Gestaltungserklärung vom Verhalten des Erklärungsempfängers abhängig gemacht wird. Eine Gestaltungserklärung kann daher wirksam unter einer Potestativbedingung abgegeben werden. Ein praktisch wichtiges Beispiel hierfür ist die sogenannte Änderungskündigung, die vor allem

im Arbeitsrecht eine große Rolle spielt. Zum Mittel der Änderungskündigung greift eine Vertragspartei dann, wenn sie ein bestehendes Vertragsverhältnis ändern möchte, dies aber alleine nicht durchsetzen kann. Steht ihr in dieser Situation ein Kündigungsgrund zur Verfügung, so kann die Partei ihrem Vertragspartner kündigen und ihr zugleich anbieten, das Vertragsverhältnis zu den von ihr gewünschten veränderten Bedingungen fortzusetzen. Eine solche Änderungskündigung kommt konstruktiv in zwei Formen vor: Entweder ist in ihr eine unbedingte Kündigung verbunden mit einem Angebot auf Abschluss des Vertrages zu anderen Bedingungen zu sehen oder aber eben eine Kündigung unter der zulässigen aufschiebenden Potestativbedingung, dass der Erklärungsempfänger die vorgeschlagene Vertragsänderung nicht annimmt.

Schließlich ist es auch zulässig, dass eine Partei im Prozess das Gestaltungsrecht „hilfsweise“ ausübt. Dies kommt immer dann in Betracht, wenn der Beklagte im Prozess bestreitet, dass dem Kläger eine Forderung gegen ihn zusteht, er aber, falls die Forderung doch bestünde, sich durch Anfechtung seiner Willenserklärung oder durch Aufrechnung mit einer Forderung verteidigen könnte. In einer solchen Konstellation erklärt der Beklagte sinnvollerweise die Anfechtung bzw. die Aufrechnung „unter der Bedingung, dass das Gericht zu dem Ergebnis kommt, dass die Forderung des Klägers besteht“. Man spricht dann von einer „Eventualanfechtung“ bzw. einer „Eventualaufrechnung“. Diese wird alleine deswegen allgemein für zulässig erachtet, weil es sich bei ihr nicht um eine Bedingung im Rechtssinne, nämlich um ein ungewisses, zukünftiges Ereignis, sondern um eine bloße Rechtsbedingung handelt. Der Anfechtende/Aufrechnende macht die Wirksamkeit seiner Gestaltungserklärung von der im Zeitpunkt der Erklärung bereits objektiv feststehenden Rechtslage abhängig, die lediglich für die Parteien ungewiss ist. Der Erklärungsempfänger ist dann auch nicht schutzbedürftig, da die Rechtslage nicht in der Schwebe bleibt, sondern gerade vom Gericht geklärt wird.

### *c. Schutz des bedingt Berechtigten*

#### *i. Schutz des bedingt Berechtigten durch einen Schadensersatzanspruch bei Vereitelung oder Beeinträchtigung des bedingten Rechts*

§ 160 Abs. 1 BGB gewährt demjenigen, der unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt ist, einen Schadensersatzanspruch, wenn die Bedingung eintritt und der Vertragspartner in der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht vereitelt oder beeinträchtigt.

Für den Fall, dass es sich bei dem bedingten Rechtsgeschäft um ein **Verpflichtungsgeschäft** handelt, wird der Vorschrift des § 160 Abs. 1 BGB allgemein lediglich klarstellende Bedeutung beigemessen (vgl. etwa Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, 3. Auflage 1979, § 40 2 c). Schließen die Parteien z.B. einen aufschiebend bedingten Kaufvertrag ab, dann besteht zwar vor Eintritt der Bedingung noch keine Hauptleistungspflicht, doch ist weitgehend anerkannt, dass es außer Hauptleistungspflichten auch noch Nebenpflichten geben kann, die bereits eingreifen können, wenn die Hauptleistungspflicht selbst noch nicht wirksam entstanden ist. Solche Nebenpflichten, die den aufschiebend bedingt Verpflichteten zwar noch nicht zur Erbringung der Hauptleistung verpflichten, ihn wohl aber dazu verpflichten, sich die Leistung nicht unmöglich zu machen, kann man einem aufschiebend bedingten Verpflichtungsgeschäft in der Regel auch dann bereits entnehmen, wenn die Bedingung noch nicht eingetreten ist. Es handelt sich bei diesen Nebenpflichten um vertragliche Verhaltenspflichten („Erhaltungspflichten“), die gewährleisten sollen, dass das vereinbarte Geschäft bei Bedingungseintritt auch durchgeführt werden kann. Man kann also § 160 BGB entnehmen, dass bei Bedingungseintritt die Haftung aus einem bedingten Geschäft der Haftung aus einem unbedingten Geschäft gleichsteht („Vorwirkung“).

Dogmatisch interessant ist § 160 Abs. 1 BGB aber dann, wenn es sich bei dem aufschiebend bedingten Rechtsgeschäft um ein **Verfügungsgeschäft** handelt. Denn anders als ein Verpflichtungsgeschäft, das auch Nebenleistungs- und Treuepflichten begründen kann, erschöpft sich der Rechtserfolg eines Verfügungsgeschäfts darin, unmittelbar eine Rechtsänderung herbeizuführen. Daher ist es mit dem Wesen des Verfügungsgeschäfts eigentlich unvereinbar, dass aus ihm auch schuldrechtliche Verhaltenspflichten folgen. Da der Wortlaut des § 160 Abs. 1 BGB aber auch auf Verfügungsgeschäfte passt, nimmt die ganz herrschende Ansicht dennoch an, dass aus der bedingten Verfügung für den Verfügenden die Verhaltenspflicht folge, das bedingte Recht nicht zu beeinträchtigen oder zu vereiteln (Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, § 40 2 b; MüKo-H.P. Westermann, § 160 Rdnr. 3). Es ist allerdings fraglich, ob man dieses dogmatische Eingeständnis an den Wortlaut des § 160 Abs. 1 BGB erbringen muss, wenn man bedenkt, dass der bedingten Verfügung regelmäßig ein Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegen wird, aus dem sich diese Verhaltenspflicht ohnehin schon ergibt.

*ii. Schutz des bedingt Berechtigten vor Zwischenverfügungen*

Wenn der Eigentümer sein Recht unter einer aufschiebenden Bedingung überträgt und dem Erwerber die Sache übergibt, erwirbt dieser bei Eintritt der Bedingung das

Eigentum (§§ 929 S. 1, 158 Abs. 1 BGB). Hat der Eigentümer dagegen sein Recht auflösend bedingt übertragen, so erwirbt er es bei Eintritt der Bedingung zurück (§§ 929 S. 1, 158 Abs. 2 BGB). In der Zeit bis zum Eintritt der Bedingung („Schwebezeit“) besteht aber die Gefahr, dass der bis zum Bedingungseintritt „Noch-Berechtigte“ über das Eigentum erneut verfügt und es dabei endgültig auf einen anderen überträgt („**Zwischenverfügung**“) oder dass seine Gläubiger in die Sache vollstrecken. Hier soll § 161 BGB helfen. Diese Vorschrift ordnet an, dass die Verfügungen des „Noch-Berechtigten“ „im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam sind, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde“ (§ 161 Abs. 1, 2 BGB). Dies bedeutet, dass derjenige, der unter einer aufschiebenden Bedingung über sein Eigentum verfügt hat bzw. dem das Eigentum auflösend bedingt übertragen wurde, solange die Bedingung noch nicht eingetreten ist, ohne Weiteres wirksam als Berechtigter über das Eigentum verfügen kann; der „**Zwischenerwerber**“ (Zweiterwerber) erwirbt dann das Eigentum. Tritt aber nach dieser Zwischenverfügung die Bedingung ein, dann ist die Verfügung (nur) dem bedingt Berechtigten gegenüber unwirksam (so genannte relative Unwirksamkeit). Er kann von dem Zwischenerwerber (Zweiterwerber) die Sache aus § 985 BGB herausverlangen. Allerdings ist der Schutz des bedingt Berechtigten vor Zwischenverfügungen nicht lückenlos. Es besteht nämlich die Möglichkeit, dass der Zwischenerwerber nichts von der Verfügungsbeschränkung des Veräußerers weiß, ohne dass ihm deswegen grobe Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden könnte. In diesem Fall kann er gemäß §§ 161 Abs. 3, 932 ff. BGB das Eigentum gutgläubig ohne die „Belastung“ mit der Verfügungsbeschränkung zu Gunsten des bedingt Berechtigten erwerben.

Fasst man die Rechtsposition des bedingt Berechtigten bei einem bedingten Verfügungsgeschäft zusammen, so fällt auf, dass der Veräußerer den Rechtserwerb des Erwerbers nicht mehr einseitig verhindern kann: Verfügt er während des Schwebezustandes an einen Dritten, dann ist die Verfügung dem Erwerber gegenüber bei Bedingungseintritt unwirksam, wenn der Dritte nicht im Hinblick auf die Verfügung gutgläubig ist. Verhindert der Veräußerer dagegen treuwidrig den Eintritt der Bedingung (und damit den Rechtserwerb), dann wird der Bedingungseintritt durch § 162 Abs. 1 BGB fingiert (dazu sogleich). Die aus diesen Vorschriften folgende rechtlich gesicherte Erwerbsaussicht des bedingt Berechtigten wird „**Anwartschaft**“ genannt. Rechtsprechung und herrschende Lehre leiten aus dieser gesicherten Rechtsposition sogar ein subjektives Recht her, das sie als **Anwartschaftsrecht** bezeichnen. Dieses Anwartschaftsrecht wird dabei als Vorstufe des bedingt übertragenen Rechts bezeichnet, das im Verhältnis zu diesem kein aliud, sondern ein „wesensgleiches Minus“ sei (zusammenfassend dazu Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, § 50 Rdnrn. 73 ff.).

### *iii. Schutz des bedingt Berechtigten vor Vereitelung der Bedingung durch die andere Partei*

§ 162 Abs. 1 BGB vervollständigt den Schutz des bedingt Berechtigten dadurch, dass der **Eintritt der Bedingung fingiert wird**, wenn er „von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert“ wird. Die Vorschrift des § 162 Abs. 1 BGB enthält somit, wie bereits aus ihrem Wortlaut hervorgeht, eine Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Sie ist dabei Ausdruck des allgemeinen Rechtsgedankens, dass niemand aus einem treuwidrig von ihm herbeigeführten Ereignis Vorteile ziehen darf.

Ein plastisches **Beispiel** für die Anwendung des § 162 Abs. 1 BGB in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist folgender vom BGH entschiedener Fall, der für die Zwecke der Vorlesung etwas vereinfacht wurde (BGH, NJW 1982, 2552 f.):

A und B haben einen Jagdbezirk von der Gemeinde G für die Dauer von neun Jahren gepachtet. Dabei haben die beiden Mitpächter A und B zugleich einen Vertrag miteinander abgeschlossen, in dem sie unter anderem vereinbart haben, dass jede Vertragspartei verpflichtet ist, der anderen Partei für den Fall, dass sie nach Ablauf des Jagdpachtvertrages den Jagdbezirk erneut von der Gemeinde G anpachtet, ein Mitpachtrecht einzuräumen. Kurz nach Ablauf des Pachtvertrages von A und B mit der Gemeinde G pachtet die Ehefrau E des A, nachdem A sie dazu beauftragt hatte, im eigenen Namen aber auf Rechnung des A den Jagdbezirk wiederum für neun Jahre von der Gemeinde G an. Als B dies erfährt, ist er empört und verlangt daraufhin von A, dass er ihm das Mitpachtrecht verschafft. Mit Recht?

Der B könnte einen Anspruch auf Verschaffung des Mitpachtrechtes gegen A haben, wenn die in dem Vertrag mit A vereinbarte Bedingung, dass eine Vertragspartei den Jagdbezirk erneut von der Gemeinde G pachtet, eingetreten ist. Da die E nicht Partei des zwischen A und B geschlossenen Vertrages war, ist dadurch, dass E den Jagdbezirk von G gepachtet hat, die Bedingung nicht eingetreten.

Allerdings könnte der Eintritt der Bedingung nach § 162 Abs. 1 BGB fingiert werden, wenn der Abschluss des Pachtvertrages von E mit G im Auftrag und auf Rechnung des A eine treuwidrige Vereitelung des Bedingungseintrittes durch A darstellt. Dies könnte sich aus dem Sinn und Zweck der von A und B getroffenen Abrede ergeben, der erkennbar darin liegt, dass für den Fall, dass einer von ihnen nach Ablauf des Pachtvertrages mit G weiterhin den Jagdbezirk zu Jagdzwecken nutzen darf, weil es ihm gelungen ist, die Gemeinde erneut zum Vertragsschluss zu bewegen, der andere an diesem „Verhandlungserfolg“ teilhaben soll. Auf diese

Weise wollen A und B die Chance, den Jagdbezirk auch nach Ablauf des Pachtvertrages weiter nutzen zu können, erhöhen. Dabei kam es den Parteien natürlich nicht entscheidend darauf an, dass A oder B persönlich Vertragspartner der G werden sollten, sondern darauf, dass es ihnen gelang, auf Grund einer - wie auch immer gestalteten Vereinbarung mit G - weiterhin den Jagdbezirk nutzen zu dürfen. Genau dies ist A aber gelungen, indem er seine Ehefrau, wie der BGH es formuliert, „als Strohmännchen vorschob“. Allerdings konnte A durch diese Vorgehensweise, wie erörtert, formal verhindern, dass die Bedingung eintrat und B an seinem Verhandlungserfolg teilhatte. Diese Bedingungsverletzung muss aber im Hinblick auf den oben beschriebenen Zweck der Abrede zwischen A und B als treuwidrig gewertet werden, da A faktisch Pächter geworden ist und er lediglich einen geschickten Weg eingeschlagen hat, um den B „um sein Recht zu bringen“. Die Voraussetzungen des § 161 Abs. 1 BGB sind somit erfüllt, so dass, obgleich die Bedingung formal nicht eingetreten ist, ihr Eintritt doch fingiert werden kann. Demnach hätte B also nach der vertraglichen Abrede mit A einen Anspruch auf Einräumung eines Mitpachtrechtes.

Einem solchen Anspruch könnte A jedoch entgegenhalten, dass seine Erfüllung ihm (rechtlich) unmöglich ist, da er selbst nicht Pächter ist und somit auch nicht die Rechtsmacht hat, dem B ein Pachtrecht einzuräumen. Der Anspruch des B würde dann wegen anfänglichen Unvermögens entfallen, A von vorneherein nur auf Schadensersatz haften.

Der Einwand des A wäre aber nur erheblich, wenn B von A auch tatsächlich Einräumung eines Mitpachtrechtes verlangen würde. Genau dies tut er aber nicht. Vielmehr verlangt B von A, dass A ihm das Mitpachtrecht verschafft. Fraglich ist, somit lediglich, ob A dem B auch zur Verschaffung des Pachtrechtes verpflichtet ist. Legt man die Abrede zwischen A und B aus (§§ 133, 157 BGB), so kann man ihr entnehmen, dass jede Partei verpflichtet sein sollte, die andere an ihrem Verhandlungserfolg mit G teilnehmen zu lassen, wie auch immer die rechtliche Konstruktion einer „Abmachung mit G“ (z.B. öffentlich-rechtlicher Vertrag statt privatrechtlicher Pachtvertrag) im Einzelnen aussah. Somit kann man der Abrede von A und B durch ergänzende Vertragsauslegung entnehmen, dass A für den Fall, dass er zwar nicht die Rechtsmacht hat, B ein Mitpachtrecht einzuräumen, es ihm aber möglich ist, ein Pachtrecht, das er selber (faktisch) ausübt, zu verschaffen, er eben zur Verschaffung des Pachtrechtes verpflichtet ist.

Somit kommt es entscheidend darauf an, ob es dem A rechtlich möglich ist, dem B das Mitpachtrecht zu verschaffen. Dazu muss man die rechtlichen Beziehungen zwischen A und seiner Ehefrau näher untersuchen. Dadurch dass A die E gebeten hat, den Jagdbezirk unentgeltlich für seine Rechnung von G zu pachten, und E

dieses Vertragsangebot angenommen hat, ist zwischen beiden ein Auftragsvertrag (§§ 662 ff. BGB) zustande gekommen. Aus diesem Auftragsvertrag heraus ist die E verpflichtet, den Weisungen des A folge zu leisten (vgl. § 665 BGB). Es ist dem A also rechtlich möglich, die E bindend anzuweisen, B ein Mitpachtrecht einzuräumen. A ist die Verschaffung des Mitpachtrechts also rechtlich möglich. Demnach hat B einen Anspruch gegen A auf Verschaffung eines Mitpachtrechts in dem früher von ihnen gemeinsam bewirtschafteten Jagdbezirk

#### 4. Widerrufsmöglichkeiten in Verbrauchergeschäften

Ein Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen (Angebot und Annahme) zustande. Aus diesen resultieren unmittelbar die vertraglichen Verpflichtungen, es sei denn, der Vertrag wurde unter einer Bedingung geschlossen. Die Verpflichtungen gelten auf Dauer. Bei Verbrauchergeschäften kann das anders sein. Durch **Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft** war der deutsche Gesetzgeber gehalten, für bestimmte Arten von Geschäften zwischen Unternehmern und Verbrauchern dem Verbraucher eine Überlegungsfrist einzuräumen, innerhalb deren der Verbraucher sich von dem abgeschlossenen Vertrag durch Widerruf lossagen kann. Das gilt für **Haustürgeschäfte, Verbraucherkredite, Geschäfte im Fernabsatz und andere Geschäfte**. Die einschlägigen Regelungen finden sich inzwischen im BGB. Das gilt sowohl für die Fälle des Widerrufs (§§ 312, 312d, 485, 495, 503 BGB) wie für seine Folgen (§§ 355 bis 359 BGB).

Während nach einem früheren Modell die Willenserklärungen erst Wirksamkeit erlangten, wenn sie nicht widerrufen wurden, ist das (neue) Modell des Widerrufsrechts **dem Rücktritt angenähert** und auch systematisch in das Rücktrittsrecht integriert worden. Nach ihm ist der Vertrag im Einklang mit der Rechtsgeschäftslehre von Anfang an wirksam. Der Verbraucher hat allerdings die Möglichkeit, sich durch Widerruf vom Vertrag zu lösen.

Wir werden das neue Modell - systematisch korrekt - bei den rechtsgeschäftlichen Vertragsbeendigungsmöglichkeiten behandeln.



---

## *II. Das Zustandekommen des AGB-Vertrages*

### **1. Bedeutung, Begriff und Abgrenzung zum Individualvertrag**

Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist **seit dem 1.1.2002 im BGB in den §§ 305 bis 310 BGB** normiert. Im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelte, für den Rechts- und Wirtschaftsverkehr aber wichtige Vertragstypen (z.B. Girovertrag, Leasing, Factoring) wurden durch Allgemeine Geschäftsbedingungen entwickelt und ausgestaltet. Ebenso wurden unzumutbare Regelungen des BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Neuregelungen fortentwickelt, so etwa bis zum 31.12.2001 das Gewährleistungsrecht des Kaufvertrages durch Einführung eines Nachbesserungsanspruchs. Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist in § 305 Abs. 1 BGB legal definiert. Danach sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt. Durch die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen soll ein gewisser Rationalisierungseffekt erreicht werden. Unternehmen oder Dienstleistungsbetriebe, die stets gleichartige Verträge abschließen, verwenden einheitliche Bedingungen, die an die besonderen Bedürfnisse des jeweiligen Geschäfts angepasst sind.

Oft werden Formularverträge von Verbänden ausgearbeitet und den Mitgliedern zur Verfügung gestellt. Für die Anwendbarkeit der besonderen Regeln des BGB ist es unerheblich, ob der Verwender selbst oder ein Dritter die Vertragsbedingungen vorformuliert hat. Ebenso ist nicht erforderlich, dass die Allgemeine Geschäftsbedingungen bereits zuvor verwendet wurden. Es entscheidet lediglich der Zweck, sie für eine Vielzahl von Verträgen zu verwenden. Die Regeln sind folglich auch anwendbar, wenn ein Verwender nur ein einziges Mal auf vorformulierte Vertragsbedingungen eines Verbandes zurückgreift oder zum ersten Mal eigene, für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen verwendet. Nicht erforderlich ist eine unbestimmte Vielzahl von beabsichtigten Verwendungsfällen. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind demnach auch die für eine bestimmte Zahl von Verträgen entworfenen Vertragsbedingungen, wobei die untere Grenze bei drei bis fünf beabsichtigten Verwendungsfällen liegt.

Die Vertragsbedingungen müssen vom Verwender gestellt worden sein. Dies unterscheidet Allgemeine Geschäftsbedingungen vom Individualvertrag. Ein Vertragspartner stellt dem anderen die Vertragsbedingungen dann, wenn er sie ihm einseitig auferlegt. Ein Vertrag wird nicht dadurch zum Individualvertrag, dass sich der Partner des AGB-Verwenders über den Vertragsinhalt vollständig im Klaren ist.

Auch der ausdrückliche Hinweis des Verwenders auf die Bedeutung der Erklärung macht diese nicht zur Individualabrede. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen gemäß § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB dann nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind. Bei vorformulierten Vertragsbedingungen kommt es zu einer Individualabrede, wenn der Verwender dem Vertragspartner die ernsthafte Möglichkeit einer inhaltlichen Änderung der Bestimmung eingeräumt hat (vgl. BGHZ 104, 232 (236)). Für die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen scheidet der vom üblichen Sprachgebrauch abweichende gemeinsame Sprachgebrauch der an einem einzelnen Geschäft beteiligten Parteien als Richtigkeitskriterium aus. Das Bedingungsmerk richtet sich an eine Vielzahl von Geschäftspartnern. Es wird in seiner inhaltlichen Ausgestaltung nicht von einem gemeinsamen Willen getragen, sondern allein vom Willen des Verwenders. Ihn trifft die Erklärungsverantwortung. Deren erster Ausfluss ist die Maßgeblichkeit des Sprachgebrauchs der Verkehrskreise, an die sich der Verwender des Bedingungsmerks richtet. Allein für den Fall, dass über eine Bedingung und deren Bedeutung ausdrücklich gesprochen worden sein sollte, kommt eine Abweichung von diesem Sprachgebrauch in Betracht, sei es, weil diese Bedingung in den Rang einer Individualabrede gehoben worden ist (§ 305b BGB), für die ohnehin andere Auslegungsgrundsätze gelten, sei es, dass die Erklärungsverantwortung auf den konkreten Gesprächspartner spezifiziert wird. Unklarheiten bei der Auslegung gehen zulasten des Verwenders, der sie hätte vermeiden sollen (§ 305c Abs. 2 BGB).

## **2. Einbeziehungsvorgang**

Der Einbeziehungsvorgang ist gesetzlich in § 305 Abs. 2 BGB festgelegt. Die Einbeziehungsvereinbarung setzt voraus, dass der Verwender die andere Vertragspartei ausdrücklich auf die AGB hinweist. Wenn der ausdrückliche Hinweis wegen der Art des Vertragsabschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, dann genügt ein deutlich sichtbarer Aushang am Ort des Vertragsabschlusses als Hinweis. Hauptanwendungsfall sind die konkludent geschlossenen Massenverträge, bei denen ein Hinweis schon wegen des fehlenden persönlichen Kontakts unmöglich ist (z.B. bei automatischen Schließfächern oder der Parkhausbenutzung). Die Ausnahme gilt darüber hinaus auch für sonstige Geschäfte des Massenverkehrs, bei denen ein ausdrücklicher Hinweis zwar möglich wäre, aber eine unverhältnismäßige und im Grunde überflüssige Erschwerung der Massenabfertigung darstellen würde (BGH NJW 1985, 850). Der bloße Abdruck der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf der Rückseite des Vertragsangebotes ohne ausdrücklichen Hinweis genügt zur Einbeziehung in den

Vertrag ebenso wenig wie ein Hinweis nach Vertragsschluss auf der Rechnung, dem Lieferschein oder der Eintrittskarte beispielsweise.

Des Weiteren muss der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft werden, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Problematisch ist dies beim fernmündlichen Vertragsschluss. Das Vorlesen der AGB würde den Anforderungen des Gesetzes zwar entsprechen, ist in der Regel aber sehr unpraktisch. Ein Zuschicken der AGB ermöglicht dem Vertragspartner zwar die Kenntnisnahme, allerdings erst nach Vertragsschluss, so dass auch diese Möglichkeit ausscheidet. Der Vertragspartner hat jedoch die Möglichkeit, auf die Kenntnisnahme zu verzichten. Ebenso kann der Vertrag fernmündlich unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen werden, dass der Vertragspartner die ihm zu übermittelnden AGB genehmigt. Des Weiteren müssen die AGB übersichtlich dargestellt und für einen Durchschnittskunden mühelos lesbar sein, ansonsten scheidet die Einbeziehung an der Möglichkeit des Vertragspartners, in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen. Letztlich muss der Vertragspartner ausdrücklich oder konkludent zu verstehen geben, dass er mit der Geltung der AGB einverstanden ist.

Auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr setzt die Einbeziehung von AGB in den Einzelvertrag voraus, dass die Vertragspartner ihre Anwendung ausdrücklich oder stillschweigend vereinbaren, die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB müssen jedoch gemäß § 310 Abs. 1 BGB nicht vorliegen. Problematisch ist der Fall, bei dem beide Parteien auf ihre widersprechenden AGB verweisen. Die frühere Rechtsprechung sah die letzte Verweisung als maßgeblich an (Theorie des letzten Wortes), was jedoch nicht zu überzeugen vermag, da den Parteien auch bei der Durchführung des Vertrages nicht unterstellt werden kann, sie wären mit den AGB des Vertragspartners einverstanden. Vielmehr werden nach dem Prinzip der Kongruenzgeltung die übereinstimmenden Klauseln Vertragsbestandteil. Bezüglich der anderen Klauseln liegt an sich ein Dissens vor, der aber nach dem Rechtsgedanken des § 306 BGB die Wirksamkeit des Geschäftes dann nicht verhindert, wenn die Parteien dem streitigen Punkt keine so große Bedeutung beimessen, dass sie den Vertrag daran scheitern lassen wollen. Davon ist auszugehen, wenn die Parteien einverständlich mit der Durchführung des Vertrages beginnen. Für die AGB bedeutet das, dass sie so weit Vertragsbestandteil geworden sind, als sie sich decken oder nebeneinander Bestand haben können. Widersprechen sie sich hingegen, so gelten weder die einen noch die anderen Klauseln. Insoweit ist dann auf dispositives Gesetzesrecht zurückzugreifen.

### 3. Einbeziehungsgrenzen

Selbst wenn den Bestimmungen des § 305 Abs. 2 BGB genüge getan wurde, so werden Klauseln dennoch nicht Vertragsbestandteil, wenn sie nach den Umständen, insbesondere dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner mit ihnen nicht zu rechnen braucht (§ 305c Abs. 1 BGB). Es soll damit verhindert werden, dass Klauseln in einem unübersichtlichen Vertragswerk versteckt werden, wo sie vom Vertragspartner nicht erwartet werden können.

#### Beispiele:

- Die Erweiterung der Haftung durch eine formularmäßige Bürgschaftserklärung, die ein Bürge aus Anlass der Gewährung eines Tilgungsdarlehens durch eine Bank abgibt, auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners ist grundsätzlich überraschend (BGHZ 126, 174).
- Ebenso ist die Bestimmung in einem Grundstückserwerbsvertrag, wonach der Gesamterwerbspreis schon von einem Tage an verzinst werden soll, der mehrere Monate vor Vertragsschluss, also vor dem Zeitpunkt liegt, zu dem der Erwerbspreis frühestens fällig werden kann, so ungewöhnlich, dass der Erwerber mit ihr nicht zu rechnen braucht (BGH NJW 1986, 1805).

Gemäß § 305b BGB gehen individuelle Vertragsabreden den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor.

#### Fall:

In einem Bürgschaftsformular ist vorgesehen, dass jede Ergänzung des Bürgschaftsvertrages der Schriftform bedürfe und auf dieses Erfordernis nur durch schriftliche Erklärung verzichtet werden dürfe. V, ein bevollmächtigter Vertreter des G, schließt mit B mittels dieses Formulars einen Bürgschaftsvertrag ab. Dabei ergänzen sie den Vertrag mündlich. Ist diese Ergänzung wirksam?

Derartige formlose Zusatzvereinbarungen stellen Individualvereinbarungen dar, die nach § 305b BGB Vorrang vor der Schriftformklausel in AGB haben. § 305b BGB kann durch eine Schriftformklausel in AGB nicht abbedungen oder eingeschränkt werden. Die Parteien können ihre Autonomie zur formfreien Vereinbarung nicht endgültig bindend aufgeben. Soll eine Schriftformklausel bewirken, dass der Vorrang der Individualabrede unterlaufen oder ausdrücklich aufgehoben wird, so wäre diese Klausel letztlich nach § 307 Abs. 2 BGB unwirksam.

#### 4. Inhaltsschranken

Um der einseitigen Gestaltungsmacht des Verwenders Grenzen zu setzen, enthält das BGB in den §§ 307 bis 309 bestimmte Klauselverbote, welche die Geltung der AGB dort einschränken, wo die gesetzlichen Regeln einseitig zu Gunsten des Verwenders abbedungen werden. Das BGB enthält einzelne Klauselverbote in den §§ 308, 309 BGB und eine Generalklausel in § 307 BGB.

##### *a. Spezielle Klauselverbote*

Die in § 309 BGB genannten Klauseln sind stets, also unabhängig von einer richterlichen Wertung unwirksam, wohingegen die in § 308 BGB genannten Klauseln nur dann unwirksam sind, wenn sie auch im Einzelfall zu einer unangemessenen Benachteiligung führen. Die Verbote des § 309 BGB stellen in der Mehrzahl Konkretisierungen der in § 307 Abs. 2 BGB enthaltenen Rechtsgedanken dar. Sie betreffen also Klauseln, die mit den wesentlichen Grundgedanken der Privatrechtsordnung nicht in Einklang zu bringen sind oder auf eine Aushöhlung von wesentlichen Rechten und Pflichten hinauslaufen. Für die Verbote des § 308 BGB ist kennzeichnend, dass sie unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden, die Feststellung der Unwirksamkeit also eine richterliche Wertung erfordern. Sie sind in der Regel Konkretisierungen des § 307 Abs. 1 BGB, einzelne Verbote knüpfen aber auch an die in § 307 Abs. 2 BGB enthaltenen Rechtsgedanken an.

##### *b. Genereller Kontrollmaßstab*

§ 307 BGB enthält eine Generalklausel und stellt demgemäß einen Auffangtatbestand dar. Ist keiner der Tatbestände der §§ 308 oder 309 BGB erfüllt, so ist die Generalklausel in § 307 BGB zu prüfen. § 307 BGB verbietet Klauseln, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Im Zweifel ist eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (§ 307 Abs. 2 BGB). Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist und damit gegen das Transparenzgebot verstößt (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).

**Beispiele:**

Eine Klausel in einem Formularmietvertrag über Wohnraum, nach welcher der Mieter Kleinreparaturen selbst vorzunehmen hat, benachteiligt diesen auch dann unangemessen, wenn die Reparaturpflicht gegenständlich und betragsmäßig in dem gebotenen Zustand beschränkt ist (BGHZ 118, 149).

Eine AGB-Klausel, durch die der Ausgeber einer Kundenkreditkarte das Missbrauchsrisiko ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Kunden auf diesen abwälzt, verstößt gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Dasselbe gilt für eine Klausel, durch die eine Haftung des Kunden für grobe Fahrlässigkeit über den Zeitpunkt der Verlustanzeige beim Kartenausgeber hinaus begründet wird (BGHZ 114, 238).

*c. Umgehungsverbot*

§ 306a BGB soll in erster Linie verhindern, dass die Verfasser von Allgemeinen Geschäftsbedingungen versuchen, den Katalog der unzulässigen Klauseln gemäß den §§ 308, 309 BGB zu umgehen. In diesen Fällen greift in aller Regel bereits § 307 BGB ein, so dass die praktische Bedeutung eher gering ist. Einschlägig wird § 306a BGB aber dann, wenn ein Händler beispielsweise mit einem Kunden statt einzelner Kaufverträge einen Gesellschaftsvertrag abschließt, der seine AGB enthält. Die Bestimmungen über AGB sind gemäß § 310 Abs. 4 BGB auf Gesellschaftsverträge unanwendbar. Das Gesetz greift jedoch über § 306a BGB trotzdem ein, wenn durch den Gesellschaftsvertrag das AGB-Regelungen umgangen werden. Das Umgehungsverbot ist unabhängig von einer Umgehungsabsicht des Verwenders.

**5. Folgen aus Nichteinbezug und Unwirksamkeit**

Die Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit sind in § 306 BGB geregelt. Sind allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam (§ 306 Abs. 1 BGB). Dies ist eine andere Wertung als sie im BGB in den §§ 154 Abs. 1 Satz 1, 139 zu finden ist, bei denen prinzipiell beim Scheitern einzelner Vertragspunkte das gesamte Geschäft unwirksam ist. An die Stelle der unwirksamen oder nicht einbezogenen Bestimmungen treten die dispositiven gesetzlichen Regelungen (§ 306 Abs. 2 BGB). Stehen konkrete gesetzliche Regelungen zur Ausfüllung der durch Unwirksamkeit einer Klausel entstandenen Lücke nicht zur Verfügung und führt die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel nicht zu einer angemessenen, den typischen Interessen des Klausel-Verwenders und des Kunden Rechnung tragenden Lösung, so kann die Lücke nach der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung im Schrifttum im Wege der

ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden (BGHZ 90, 69; dazu ablehnend Rüßmann, Die „ergänzende Auslegung“ Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Betriebsberater 1987, 843 bis 848).

Jedoch ist es inzwischen gefestigte Rechtsprechung des BGH, Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die gegen die §§ 307 bis 309 BGB verstoßen, grundsätzlich als insgesamt unwirksam zu behandeln und sie nicht auf dem Wege einer so genannten „geltungserhaltenden Reduktion“ auf den Restbestand zurückzuführen, mit dem sie nicht im Widerspruch zu §§ 307 bis 309 BGB stehen. Zweck der besonderen AGB-Regelung ist es nämlich, den Vertragspartner vor der Verwendung ungültiger Klauseln zu schützen und auf einen den Interessen beider Seiten gerecht werdenden Inhalt derartiger Formularbedingungen hinzuwirken. Dieses Ziel würde unterlaufen, wenn es dem Verwender möglich bliebe, seine AGB einseitig in seinem Interesse auszugestalten, um es dann der Initiative seines Vertragspartners und den Gerichten zu überlassen, dass derartige Klauseln auf das gerade noch zulässige Maß zurückgeführt werden.

Dem Prinzip, dass die Benutzung von Formularbedingungen stets auf das Risiko des Verwenders geht, entspricht es vielmehr in aller Regel, eine das Interesse des Verwenders im Übermaß herausstellende und deshalb nach §§ 307 bis 309 BGB verbotene Klausel nach Maßgabe des § 306 Abs. 2 BGB insgesamt als ungeschrieben zu behandeln und an ihrer Stelle diejenige gesetzliche Regelung maßgebend sein zu lassen, die durch die in Frage stehende Klausel abbedungen werden sollte. Lediglich in den Fällen, in denen die Unwirksamkeit der beanstandeten Klausel eine Lücke in der gesetzlichen Regelung offenbart, die die beteiligten Interessen beider Seiten unangemessen geregelt sein lässt, erscheint nach dem dargelegten Sinn der Regelung der Versuch des Richters zulässig, eine angemessene Interessenlösung auf dem Wege der ergänzenden Vertragsauslegung anzustreben (BGHZ 96, 19 (25 f.)). Ehrlicher wäre es auch hier, zu einer Fortbildung des dispositiven Gesetzesrechts zu schreiten.

Sollte das Festhalten an dem Vertrag für eine Partei eine unzumutbare Härte darstellen, so ist gemäß § 306 Abs. 3 BGB der gesamte Vertrag nichtig.

## **6. Verbraucherverträge**

Durch § 310 Abs. 3 BGB wird die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5.3.1993 in deutsches Recht umgesetzt.

Nach dieser Vorschrift gilt die AGB-Regelung auch für einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einer natürlichen Person, die den Vertrag zu einem Zweck abschließt, der weder einer gewerblichen noch einer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (Verbraucher), jedoch mit folgenden Besonderheiten:

Es wird davon ausgegangen, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die dem Vertrag zu Grunde gelegt werden, vom Unternehmer gestellt wurden. Dies bedeutet eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Verbrauchers (§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB).

§ 305c Abs. 2 und die §§ 307 bis 309 BGB sind auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann anzuwenden, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Im Gegensatz dazu liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen nach ihrer Definition nur dann vor, wenn die Klauseln für eine Vielzahl von Verwendungen bestimmt sind.

Außerdem sind bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 BGB auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen (§ 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB).

---

### *III. Elektronische Willenserklärungen*

Eine Willenserklärung setzt auch im Internet die Äußerung eines auf die unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichteten Willens voraus. Ob in einer elektronischen Erklärung per E-Mail oder Mausklick eine solche Willenserklärung zu sehen ist, beurteilt sich nach den allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB. Hierbei sind keine Besonderheiten gegenüber Willenserklärungen in herkömmlichen Formaten zu beachten.

So richtet sich beispielsweise auch die bei Internetofferten immer wieder angesprochene Frage, ob es sich im Einzelfall um ein bindendes Vertragsangebot oder um eine bloße *invitatio ad offerendum* handelt, wie bei herkömmlichen Geschäften danach, ob die Auslegung einen Rechtsbindungswillen des Anbieters ergibt. Folglich wird bei einer reinen Warenpräsentation zumeist von einer bloßen *invitatio* auszugehen sein, da der in seinen Kapazitäten eingeschränkte



Warenanbieter sich nicht gegenüber allen potentiellen Bestellern verpflichten möchte. Zudem wird der Anbieter oftmals erst die Bonität des Kunden prüfen wollen. Etwas anderes kann aber schon dann gelten, wenn die angebotene Ware in Software besteht, die in einer unbegrenzten Zahl von Fällen heruntergeladen werden kann, und die Bonität durch die eingegebene Kreditkartennummer belegt oder eine andere elektronische Zahlung erfolgt ist. Weiterhin gilt für den Fall einer Internetauktion das Argument der begrenzten Kapazität jedenfalls dann nicht, wenn nur ein Gegenstand angeboten wird und zuvor bestimmt ist, dass ausschließlich ein Angebot an denjenigen gemacht wird, der innerhalb der festgelegten Auktionszeit das höchste Gebot abgibt.

Auch so genannte automatisierte elektronische Erklärungen, also Erklärungen, die von einer EDV-Anlage aufgrund ihrer Programmierung vollautomatisch erstellt und versandt werden, können – je nach ihrem Inhalt – verbindliche Willenserklärungen darstellen. Zwar erscheint aufgrund ihrer automatisierten Erstellung ohne unmittelbare menschliche Beteiligung zunächst die Äußerung eines menschlichen Willens fraglich. Letztlich ist aber zu beachten, dass die Erklärungen nur aufgrund der durch den Menschen durchgeführten und freigeschalteten Programmierung erfolgen und somit auch einem Menschen zugeordnet werden können. Damit liegt auch bei den automatisierten Erklärungen zumindest mittelbar eine Äußerung eines menschlichen Willens und – entsprechenden Inhalt vorausgesetzt – eine Willenserklärung vor.

Neben dem genannten Inhalt setzt eine wirksame Willenserklärung Abgabe und – soweit es sich um empfangsbedürftige Willenserklärungen handelt, wie dies bei Vertragsangeboten und –annahmen der Fall ist – Zugang voraus. Hier tauchen bei elektronischen Willenserklärungen einige spezifische Fragestellungen auf. Dabei ist bei elektronischen Erklärungen in der Regel von einem Rechtsgeschäft unter Abwesenden auszugehen.

## **1. Die Abgabe**

Die Abgabe einer Erklärung liegt vor, wenn der Erklärende alles getan hat, was seinerseits erforderlich war, um die Wirksamkeit der Erklärung herbeizuführen. Diese Voraussetzung ist bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen erfüllt, wenn der Erklärende die Erklärung nicht nur abgefasst, sondern sie auch an den Empfangsberechtigten abgesandt hat, indem er die Erklärung derart in den Rechtsverkehr gebracht hat, dass er mit ihrem Zugang beim Empfangsberechtigten rechnen konnte. Dies gilt auch für elektronische Willenserklärungen. Bei elektronischen Dokumenten, die telekommunikativ übermittelt werden, ist die

Erklärung damit abgegeben, wenn der Erklärende den letzten von ihm auszuführenden Schritt vollzogen hat, um die Erklärung auf den elektronischen Weg zu bringen. Die Abgabe erfolgt also beispielsweise bei einer E-Mail mit der Erteilung des endgültigen Senden-Befehls. Will der Erklärende die bereits fertiggestellte, z.B. im PC gespeicherte und möglicherweise schon elektronisch signierte Erklärung jedoch nicht weiterleiten und geht sie dem Erklärungsempfänger trotzdem zu, weil ein anderer den Senden-Befehl ohne Willen des Erklärenden aktiviert hat, so gilt die Erklärung als nicht abgegeben. Zweifelhafte ist, ob dasselbe gilt, wenn die Senden-Taste vom Verfasser der Nachricht versehentlich gedrückt wird. Auch hier fehlt es eigentlich an einer willentlichen Entäußerung der Erklärung. Andererseits kommt in Betracht, das versehentliche Inverkehrbringen jedenfalls dann dem willentlichen Absenden gleichzusetzen, wenn der Absender das Versehen zu vertreten hat (was bei versehentlichem Drücken der Senden-Taste eigentlich immer der Fall sein dürfte).

## **2. Der Zugang**

Zugang liegt vor, wenn die Willenserklärung derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass der Empfänger bei Annahme gewöhnlicher Umstände die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat. Soweit ein direkter elektronischer Kontakt besteht, wird ein Eintreten in den Machtbereich mit Passieren der Schnittstelle des Rechners zu bejahen sein.

Uneinigkeit besteht hinsichtlich der Frage, wann der Eintritt in den Machtbereich gegeben ist, wenn die E-Mail über einen Provider des Empfängers abgegeben wird. Teilweise wird hier Zugang schon dann bejaht, wenn die E-Mail beim Provider zum Abruf durch den Empfänger bereit liegt. Andere fordern, dass die E-Mail auf dem Rechner des Empfängers ankommt, bejahen also erst dann Zugang, wenn dieser seine elektronische Post beim Provider abgerufen hat.

Fraglich ist auch, wann mit Kenntnisnahme der in den Machtbereich gelangten Erklärungen zu rechnen ist. Kann davon ausgegangen werden, dass E-Mails regelmäßig abgefragt werden? Kann dies sogar verlangt werden? Ist hier ein Unterschied zwischen Geschäftsleuten und Privatleuten zu machen? Ist dies mit einem wirkungsvollen Verbraucherschutz in Einklang zu bringen?

### 3. Widerruf und Anfechtung

Aufgrund der hohen Übertragungsgeschwindigkeit können auf elektronischem Wege übermittelte Willenserklärungen vor oder gleichzeitig mit Zugang i. S. v. § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB praktisch kaum noch widerrufen werden. Auch die Regeln über Haustürgeschäfte sind bei elektronischen Willenserklärungen nicht anwendbar, da der erforderliche Überraschungseffekt fehlt. Allerdings gibt es bei Fernabsatzverträgen für den Verbraucher gemäß § 312d BGB ein Widerrufsrecht.

Elektronisch abgegebene und übermittelte Willenserklärungen können gemäß § 119 Abs. 1 BGB wegen eines Inhalts- oder Erklärungsirrtums angefochten werden. Vertippt sich z.B. der Erklärende bei Abgabe der Erklärung, so liegt - vergleichbar dem Verschreiben - ein Erklärungsirrtum vor, der zur Anfechtung berechtigt. Allerdings hat der Anfechtende den Vertrauensschaden nach § 122 BGB zu ersetzen.

Der Schutz des Erklärenden hinsichtlich der Vermeidung von Erklärungsfehlern wird im Übrigen durch die in § 312e BGB umgesetzte E-Commerce-Richtlinie verbessert. Hiernach hatten die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass - außer im Fall abweichender Vereinbarungen zwischen Parteien, die nicht Verbraucher sind - der Diensteanbieter dem Nutzer angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur Verfügung stellt, mit denen er Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkennen und korrigieren kann (Art. 11 Abs. 2). Deutschland hat das durch § 312e BGB getan.

### 4. Digitale Signaturen

Die elektronische Kommunikation birgt eine Reihe von Sicherheitsrisiken in sich. Man weiß nie, ob eine elektronische Nachricht wirklich von dem stammt, von dem zu stammen sie vorgibt. Man kann sich auch nicht sicher sein, dass die elektronische Nachricht nicht auf dem Weg zum Empfänger abgefangen und geändert worden ist. Vielleicht mag man es auch nicht gern, dass andere eine Nachricht mitlesen können.

Eine Lösung für die genannten Schwierigkeiten wird in der Verwendung digitaler Signaturen gesehen. Digitale Signaturen ermöglichen, dass Manipulationen am Inhalt elektronischer Nachrichten erkannt und Sender und Empfänger einer Nachricht identifiziert werden können. Die digitale Signatur entstand aus dem Bedürfnis heraus, eine sichere elektronische Kommunikation zwischen mehreren Parteien zu gewährleisten. Dieses Bedürfnis nach Sicherheit ist bei jeder

Kommunikation über Medien gegeben, also bei jeder Kommunikation, bei welcher nicht zwei persönlich miteinander bekannte Personen direkt miteinander sprechen.

### *a. Funktionsweise digitaler Signaturen*

Man stelle sich die Situation vor ca. zwei Jahrtausenden vor. Julius Cäsar schickt einen Befehl an seinen Truppenkommandeur irgendwo im römischen Reich. Im Befehl steht „Rückzug“. Woher weiß der Kommandant, dass der Befehl „echt“ ist? Es gibt die Möglichkeit, die Nachricht zu verschlüsseln, und die, sie zu signieren. Die Signatur ermöglicht die Authentifizierung, jedoch birgt sie die Gefahr, dass der signierte Text auf seinem Weg verändert wurde. Zum Beispiel könnte ein „Niemals“ vor dem „Rückzug“ kunstvoll aus dem Pergament entfernt worden sein, während der Bote in einer Taverne dem Wein zu heftig zusprach. Die Verschlüsselung bietet die Möglichkeit, den Inhalt der Botschaft für Unbefugte unleserlich zu machen. Die Verschlüsselung hat aber auch eine gewisse Signaturfunktion: Sofern es nur zwei Leute gibt, die den Entschlüsselungscode kennen, weiß der Empfänger einer derart codierten Nachricht, dass die Nachricht vom jeweils anderen stammt, da nur dieser in der Lage ist, die Nachricht anhand des geheimen Codes zu verschlüsseln.

### *i. Symmetrische Verschlüsselung*

Die Problematik sowohl der digitalen Signatur als auch der Verschlüsselung liegt in der Notwendigkeit der Nutzung eines gemeinsamen Codes und der daraus folgenden Erforderlichkeit, einen solchen Code zu verabreden. Kommt es zwei Parteien darauf an, sich ständig geheime Botschaften zu schicken, so könnten sie sich treffen, um einen geheimen Code zu vereinbaren, den sie fortan immer nutzen. Dies ist soweit unproblematisch – eine ausreichend starke Verschlüsselung vorausgesetzt. Will aber jemand in der heutigen Zeit – im Zeitalter der Rechtsgeschäfte per Internet – über Ländergrenzen und Kontinente hinweg jemandem eine vertrauliche Information zukommen lassen (zum Beispiel die viel zitierte Kreditkartennummer samt Gültigkeitsdatum), dann steht dieser jemand vor dem Problem, nicht mal schnell mit dem Gegenüber einen sicheren Code vereinbaren zu können.

### *ii. Asymmetrische Verschlüsselung*

Hier setzt die Public-Key-Verschlüsselung an. Dieses Verfahren arbeitet mit mathematischen Gesetzmäßigkeiten. Es wird anhand von Zufallszahlen ein komplexes Zahlenpaar gebildet, bei dem sichergestellt ist, dass man mit Hilfe der

einen nicht die andere und mit Hilfe der anderen nicht die eine Zahl errechnen kann. Beide Zahlen passen jedoch „aufeinander“.

Eine dieser Zahlen wird „öffentlicher Schlüssel“, die andere „privater Schlüssel“ genannt. Der öffentliche Schlüssel wird im Internet auf speziell dafür eingerichteten Computern allen Interessierten zugänglich gemacht, während der private Schlüssel unter strengstem Verschluss beim Inhaber des Schlüsselpaares bleibt (im Idealfall).

### *b. Sicherung der Vertraulichkeit*

Wenn nun unser jemand (Bob) dem anderen (Alice) eine Mitteilung zukommen lassen will, sucht er auf dem Server den öffentlichen Schlüssel von Alice. Mit diesem verschlüsselt er seine geheime Nachricht und sendet sie ab. Aufgrund der mathematischen Beschaffenheit der Schlüssel kann diese Information jetzt nur noch mit dem privaten Schlüssel von Alice gelesen werden. Selbst die nochmalige Anwendung des öffentlichen Schlüssels bringt die vertrauliche Nachricht nicht wieder zum Vorschein. Sofern man nun davon ausgeht, dass Alice sehr gut auf ihren Schlüssel aufgepasst hat, wird man weiter davon ausgehen können, dass nur noch sie in der Lage ist, die Nachricht zu entziffern. Wenn sie Bob antworten möchte, sucht sie dessen Schlüssel auf dem öffentlichen Server und sendet ihre Nachricht ebenso wie Bob dies eben mit ihrem Schlüssel getan hat.

### *c. Sicherung der Authentizität (Echtheit)*

Woher aber weiß nun Alice, dass die Nachricht wirklich von Bob kam? Alice' öffentlicher Schlüssel ist ja jedem zugänglich und daher kann auch jedermann diese Nachricht geschickt haben. Die Lösung liegt im privaten Schlüssel von Bob: Er signiert die Nachricht. Wie geht das vonstatten? Ganz einfach: Er schreibt seine geheime Nachricht. Dann verschlüsselt er sie mit Alice' öffentlichem Schlüssel. Die Nachricht ist nun sicher vor dem Zugriff anderer (und auch vor ihm selbst). Als dritten Schritt wendet er nun seinen eigenen privaten Schlüssel auf die verschlüsselte Nachricht an. Denn ebenso wie man den öffentlichen Schlüssel nur mit dem privaten Schlüssel wieder öffnen kann, so kann man den privaten Schlüssel nur mit dem öffentlichen öffnen.

Bob signiert also die verschlüsselte Botschaft mit seinem privaten Schlüssel. Alice bekommt die so signierte und verschlüsselte Botschaft und überprüft, ob die Nachricht von Bob stammt. Dazu wendet sie seinen öffentlichen Schlüssel auf die Botschaft an. Da der private Schlüssel von Bob sich nur von seinem öffentlichen

Schlüssel wieder entschlüsseln lassen kann, weiß Alice sicher, dass die Nachricht von Bob ist, sofern ihr die Entschlüsselung mit dessen öffentlichen Schlüssel gelingt. Nun hat sie lediglich noch den Klartext der Botschaft mit ihrem eigenen privaten Schlüssel herzustellen.

### *d. Digitale Signatur*

Geht es Bob nun aber nicht (primär) darum, seine Nachricht geheim zu halten, sondern möchte er nur ermöglichen, dass Manipulationen seiner Daten durch Dritte erkannt werden können, dann muss er seinen privaten Schlüssel nicht – wie eben geschildert – auf die gesamte zu versendende Nachricht anwenden. Da asymmetrische Verschlüsselungsverfahren relativ langsam sind, würde die Erzeugung einer Verschlüsselung des gesamten Textes einige Zeit in Anspruch nehmen. Unter anderem aus diesem Grund wird bei der Erzeugung einer digitalen Signatur – bei der es ja weniger auf die Geheimhaltung als auf die Authentifizierung sowie den Ausschluss von Manipulationsmöglichkeiten ankommt – zunächst auf Grund öffentlich verfügbarer Algorithmen ein sogenanntes Hash-Verfahren auf die unverschlüsselten Daten angewendet. Dabei wird ein Komprimat aus der zu sendenden Nachricht gebildet. Dies ist nichts anderes als eine Prüfsumme (Checksumme). Bob wendet anschließend seinen privaten Schlüssel nur noch auf die Prüfsumme an. Das Ergebnis dieses Vorgangs bildet dann die digitale Signatur, welche dem unverschlüsselten Text angefügt wird. Erhält Alice von Bob eine mit einer digitalen Signatur versehene Nachricht, so wendet sie hierauf den öffentlichen Schlüssel von Bob an. Dabei geschieht dann zweierlei: Zum einen wird die digitale Signatur (= die verschlüsselte Prüfsumme) entschlüsselt und Alice erhält die von Bob erzeugte Prüfsumme im Klartext. Zum anderen wird aus dem unverschlüsselten Text der Nachricht erneut ein Hash-Komprimat gebildet. Stimmen das durch Alice neu gebildete Komprimat und die in der digitalen Signatur befindliche Prüfsumme überein, so kann Alice sicher sein, dass der Inhalt der von Bob gesendeten Nachricht nicht verändert wurde. Die Überprüfung eines Textes auf Manipulationen beruht also auf einem Prüfsummenvergleich. Wäre beim Transport der Nachricht auch nur ein einzelnes Bit verändert worden, so würden die beiden Prüfsummen bereits nicht mehr übereinstimmen. Das Ganze klingt natürlich nach einem sehr hohen Aufwand. In der Praxis stellt dies aber kein Problem dar, weil alle Vorgänge von der eingesetzten Signiertechnik automatisch erledigt werden.

### *i. Zuordnung der Schlüssel zu Personen*

Problematisch wird nun, sicherzustellen, dass die auf den Servern „ausgelegten“ Schlüssel wirklich ihren vorgeblichen Inhabern gehören. Technisch gesehen ist es

kein Problem, einen Schlüssel zu erzeugen, der den Eindruck erweckt, einem anderen zu gehören. Gängige Software erzeugt die Schlüsselpaare und fragt dann nach dem Namen des Anwenders. Wenn „Frieda“ den Schlüssel von „Bob“ vertauschen will, wird sie dem Programm einfach als Namen „Bob“ eingeben und den öffentlichen Schlüssel so auf einen Server stellen. Befindet sich dort noch kein Schlüssel, wird jeder, der danach sucht, lediglich den „falschen“ Schlüssel von „Frieda“ sehen, der vorgibt, „Bob“ zu gehören. Befindet sich dort schon ein Schlüssel (richtig oder falsch) von „Bob“, dann wird der Suchende eben mehrere Schlüssel zur Auswahl haben und sich im Zweifel für den falschen entscheiden.

Also muss sichergestellt werden, dass die ausgelegten Schlüssel tatsächlich den richtigen Personen gehören. Wie macht man das?

Es gibt mehrere (unterschiedlich wirksame) Möglichkeiten.

*ii. Web of trust*

Die Schlüssel sind letztlich selbst nichts anderes als digitale Informationen. Diese kann man natürlich ebenfalls verschlüsselt irgendwo speichern. Dies empfiehlt sich wegen der höheren Sicherheit sogar. Man kann die Schlüssel aber auch signieren. Wenn Bob und Alice sich mal treffen und per Zufall ihre Schlüssel „dabei“ haben, kann Alice mit ihrem Privatschlüssel den öffentlichen Schlüssel von Bob signieren. Dies drückt für Peter, der später mit Bob Geschäfte machen will, aus, dass Alice davon überzeugt ist, dass der öffentliche Schlüssel von Bob wirklich zu Bob gehört. Sollten nun zwei Schlüssel auf einem Server sein und einer davon ist von Alice signiert, dann wird Peter (hoffentlich) diesen wählen. Dies wird er um so lieber tun, wenn er Alice persönlich kennt und ihr vertraut. Natürlich kann Alice den Schlüssel von Bob aber auch signieren, ohne Bob jemals gesehen zu haben. Dies wäre aber jedoch fahrlässig, wenn man bedenkt, dass sich andere auf „das Wort“ von Alice verlassen, wie dies im obigen Beispiel Peter tat.

*iii. Trustcenter*

Im heutigen Rechtsverkehr wird es unwahrscheinlich sein, dass sich Unternehmen oder Behörden darauf verlassen, dass eine ihr Unbekannte namens Alice den Schlüssel von Bob signiert hat, wenn sie Bob eine wichtige Nachricht zustellen will und sichergehen will, dass diese Nachricht auch den Richtigen erreicht. Den Beteiligten wäre es lieber, wenn eine Institution diese Signatur von Schlüsseln „hoheitlich“ durchführen würde. Diese Institution sollte möglichst hohen Sicherheitsanforderungen entsprechen und möglichst einheitliche Standards wahren.

Im „richtigen Leben“ entspräche eine solche Institution der Passbehörde, die einen eindeutigen Nachweis der Identität – nämlich den Pass oder Personalausweis – ausstellt. Im „digitalen Leben“ sind solche Institutionen die so genannten „Trustcenter“. Diese Stellen garantieren entweder, dass die zur Verfügung gestellten Schlüssel wirklich zu den richtigen Personen gehören (zum Beispiel dadurch, dass sie einen Mitarbeiter vorbeisicken, der sich den Schlüssel abholt und sich gleichzeitig den Personalausweis der Person zeigen lässt), oder erstellen diese Schlüssel sogar selbst im Auftrag der Personen, nachdem diese sich mit Hilfe eines amtlichen Dokumentes ausgewiesen haben. Natürlich muss man voraussetzen, dass die Mitarbeiter des Trustcenters nicht selbst Interesse am Verfälschen der Schlüssel haben; aber dafür heißen diese Institutionen ja „Trustcenter“. Damit ein „Trustcenter“ „Trustcenter“ sein kann, muss es bestimmte Anforderungen erfüllen; diese sind in Deutschland im Signaturgesetz geregelt.

Das Signaturgesetz unterscheidet zunächst in § 2 Nrn. 1 bis 3 zwischen verschiedenen Arten elektronischer Signaturen. Gemäß § 2 Nr. 1 SigG sind zunächst „elektronische Signaturen“ Daten in elektronischer Form, die anderen elektronischen Daten beigefügt oder logisch mit ihnen verknüpft sind und die zur Authentifizierung dienen. Auf der nächsten Stufe (Nr. 2) stehen „fortgeschrittene elektronische Signaturen“. Dies sind elektronische Signaturen, die

- ausschließlich dem Signaturschlüssel-Inhaber zugeordnet sind,
- die Identifizierung des Signaturschlüssel-Inhabers ermöglichen,
- mit Mitteln erzeugt werden, die der Signaturschlüssel-Inhaber unter seiner alleinigen Kontrolle halten kann, und
- mit den Daten, auf die sie sich beziehen, so verknüpft sind, dass eine nachträgliche Veränderung der Daten erkannt werden kann,

Letztlich kennt das Gesetz noch „qualifizierte elektronische Signaturen“. Diese elektronische Signaturen müssen die Voraussetzungen der fortgeschrittenen elektronischen Signaturen erfüllen und zusätzlich

- auf einem zum Zeitpunkt ihrer Erzeugung gültigen qualifizierten Zertifikat beruhen und
- mit einer sicheren Signaturerstellungseinheit erzeugt werden.

Diese qualifizierten Signaturen, die auf einem qualifiziertem Zertifikat beruhen, bieten die höchste Sicherheit. Qualifizierte Zertifikate können nur so genannte Zertifizierungsdiensteanbieter (=Trustcenter) erteilen. Der Betrieb eines Zertifizierungsdienstes ist im Rahmen der Gesetze genehmigungsfrei (§ 4 Abs. 1



SigG). Allerdings muss derjenige, der den Betrieb eines Zertifizierungsdienstes aufnimmt, dies der zuständigen Behörde spätestens mit der Betriebsaufnahme anzeigen (§ 4 Abs. 3 S. 1 SigG.). Zudem darf nur der einen Zertifizierungsdienst betreiben, der die für den Betrieb erforderliche Zuverlässigkeit und Fachkunde sowie eine Deckungsvorsorge nach § 12 SigG nachweist und die weiteren Voraussetzungen für den Betrieb eines Zertifizierungsdienstes nach diesem Gesetz und der Rechtsverordnung nach § 24 Nr. 1, 3 und 4 SigG gewährleistet (§ 4 Abs. 2 S. 1 SigG). Die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt gemäß § 4 Abs. 2 S. 2 SigG, wer die Gewähr dafür bietet, als Zertifizierungsdiensteanbieter die für den Betrieb maßgeblichen Rechtsvorschriften einzuhalten. Die erforderliche Fachkunde liegt nach § 4 Abs. 2 S. 3 SigG vor, wenn die im Betrieb eines Zertifizierungsdienstes tätigen Personen über die für diese Tätigkeit notwendigen Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten verfügen. Die weiteren Voraussetzungen für den Betrieb eines Zertifizierungsdienstes liegen vor, wenn die Maßnahmen zur Erfüllung der Sicherheitsanforderungen nach dem Signaturgesetz und der Rechtsverordnung nach § 24 Nr. 1, 3 und 4 SigG der zuständigen Behörde in einem Sicherheitskonzept aufgezeigt und geeignet und praktisch umgesetzt sind (§ 4 Abs. 2 S. 4 SigG). Vergabe, Inhalt sowie Sperrung qualifizierter Signaturen ist in den §§ 5 ff. SigG geregelt.

---

#### *IV. Der Vertragsschluss im UN-Kaufrecht*

Das UN-Kaufrecht ist Teil des nationalen deutschen Rechts. Es ersetzt die Regelungen des BGB und des HGB als *lex specialis*, wenn die Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit gegeben sind: ein grenzüberschreitender Kaufvertrag über Waren zwischen Unternehmen mit Sitz in Staaten, die das Abkommen ratifiziert haben, oder bei Anwendung des deutschen Privatrechts nach den Regeln des Internationalen Privatrechts. Deutsch gehört nicht zu den offiziellen Sprachen, in denen das völkerrechtliche Übereinkommen Verbindlichkeit erlangt hat. Aus diesem Grunde halte ich im Internet eine dreisprachige Fassung des UN-Kaufrechts vor, in der man immer die Möglichkeit hat, die fragliche Norm auch in zwei der offiziellen Sprachen (Englisch und Französisch) zu studieren.

Der Vertragsschluss ist im CISG in den Artikeln 14 bis 24 geregelt. Diese Regelung weist in ihren Grundstrukturen deutliche Parallelen zum BGB auf, obgleich im Detail einige Unterschiede bestehen. Im Folgenden soll die Regelung des Vertragsschlusses im CISG kurz vorgestellt und dabei gezeigt werden, wo das

CISG Berührungspunkte zum BGB aufweist und wo es von der Regelung des BGB abweicht.

### Art. 14 [Begriff des Angebots]

(1) Der an eine oder mehrere bestimmte Personen gerichtete Vorschlag zum Abschluß eines Vertrages stellt ein Angebot dar, wenn er bestimmt genug ist und den Willen des Anbietenden zum Ausdruck bringt, im Falle der Annahme gebunden zu sein. Ein Vorschlag ist bestimmt genug, wenn er die Ware bezeichnet und ausdrücklich oder stillschweigend die Menge und den Preis festsetzt oder deren Festsetzung ermöglicht.

(2) Ein Vorschlag, der nicht an eine oder mehrere bestimmte Personen gerichtet ist, gilt nur als Aufforderung, ein Angebot abzugeben, wenn nicht die Person, die den Vorschlag macht, das Gegenteil deutlich zum Ausdruck bringt.

Wie wir bereits bei der Erörterung des Vertragsschlusses nach dem Recht des BGB gesehen haben, geht das BGB wie fast alle Rechtsordnungen im Regelfall von dem Modell des Vertragsschlusses durch Angebot und Annahme aus. Auch das CISG hat diesen Weg beschritten. Dabei wurde sogar bei der Beratung des CISG erwogen, in einer eigenen Vorschrift klarzustellen, dass - nicht anders als z.B. im unvereinheitlichten deutschen Recht - auch ein auf anderem Wege als dem „Angebot-Annahme“-Schema erzielter Parteikonsens (z.B. die beiderseitige Zustimmung zu einem von einem Dritten erstellten Vertragsentwurf) für den Vertragsschluss ausreicht. Dies wurde dann wegen der „extreme difficulty of formulating an acceptable text“ verworfen (Schwenzer in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Auflage 2010, Vor Artt. 14-24, Rdnr. 16). Dennoch geht man heute in der Literatur davon aus, dass alleine der Konsens für den Vertragsschluss entscheidend ist, ohne dass es auf die strenge Einhaltung des „Angebot-Annahme-Schemas“ ankommt (Schwenzer in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Vor Artt. 14-24 Rdnr. 17 mwN.).

Das BGB hat die materiellrechtlichen Anforderungen an ein Angebot nicht ausdrücklich normiert, sondern nimmt nur in einigen Vorschriften auf das nicht eigens geregelte Angebot Bezug (vgl. §§ 145 bis 151 BGB). Demgegenüber hat das CISG in Art. 14 den Antrag in einer eigenen Vorschrift geregelt. Dabei verlangt Art. 14 Abs. 1 in Übereinstimmung mit dem BGB, dass ein wirksames Angebot mit Rechtsbindungswillen abgegeben wurde und auch die *essentialia negotii* regelt. Als *essentialia negotii* des Kaufvertrages nennt Art. 14 Abs. 1 Satz 2 die Ware, deren Menge und den Kaufpreis. Damit stellt sich auch nach dem CISG die bereits für das deutsche Recht erörterte Frage, ob die Parteien einen Kaufvertrag wirksam

schließen können, obgleich sie den Kaufpreis noch offen lassen. Diese Frage war bei der Entstehung des CISG außerordentlich umstritten und ist es eigentlich bis heute geblieben. Der Streit drückt sich auch deutlich im CISG selbst aus: Nimmt man nämlich den Wortlaut des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 ernst, dann kann ein wirksames Angebot ohne Festlegung eines bestimmten Kaufpreises nicht zustande kommen, liest man dagegen Art. 55, dann muss man gerade vom Gegenteil ausgehen.

Art. 55 bestimmt:

„Ist ein Vertrag gültig geschlossen worden, ohne daß er den Kaufpreis ausdrücklich oder stillschweigend festsetzt oder dessen Festsetzung ermöglicht, so wird mangels gegenteiliger Anhaltspunkte vermutet, daß die Parteien sich stillschweigend auf den Kaufpreis bezogen haben, der bei Vertragsschluß allgemein für derartige Ware berechnet wurde, die in dem betreffenden Geschäftszweig unter vergleichbaren Umständen verkauft wurde“.

Der zwischen diesen Vorschriften liegende Widerspruch wird naturgemäß unterschiedlich aufgelöst: Während einige Autoren von einem generellen Vorrang des Art. 55 ausgehen, vertreten andere einen absoluten Vorrang des Art. 14 Abs. 1 Satz 2. Daneben werden verschiedene differenzierende Ansätze vertreten (vgl. Schroeter in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 14 Rdnrn. 16 ff.; Reinhart, UN-Kaufrecht, 1991, Art. 14 Rdnr. 4). Im Ergebnis spricht insbesondere die systematische Auslegung dafür, dass Art. 55 als speziellere Vorschrift Art. 14 Abs. 1 Satz 2 ergänzt. Art. 55 führt dann nämlich bei konsequenter Anwendung dazu, dass, wenn seine Voraussetzungen vorliegen, eben der Kaufpreis doch als „stillschweigend“ festgelegt gilt. Demnach würde Art. 55 für das CISG die gleiche Funktion übernehmen wie die §§ 315, 316 BGB im Recht des BGB. Dabei erscheint jedoch die Lösung des CISG, die auf den Marktpreis als von den Parteien hypothetisch gewollten Preis abstellt, gegenüber der Lösung der §§ 315, 316 BGB, die ausgerechnet dem Gläubiger das Preisbestimmungsrecht zuweist, interessengerechter und insgesamt vorzugswürdig.

Art. 14 Abs. 2 enthält die Auslegungsregel, dass ein an einen unbestimmten Personenkreis gerichtetes Angebot grundsätzlich nur eine *invitatio ad offerendum* darstellt, wenn nicht der Antragende das Gegenteil deutlich zum Ausdruck bringt. Eine solche Auslegungsregel kennt das BGB nicht. Allerdings wird die Auslegung von „Angeboten“ an einen unbestimmten Personenkreis nach §§ 133, 157 BGB in der Regel auch nach deutschem Recht zum gleichen Ergebnis führen, wobei der Rechtsanwender mangels Auslegungsregel jedoch flexibler ist. Allerdings macht Art. 14 Abs. 2 im Umkehrschluss deutlich, dass auch das CISG die dem

unvereinheitlichten deutschen Recht so geläufige Offerte ad incertas personas anerkennt.

Art. 15 [Wirksamwerden des Angebots; Rücknahme]

- (1) Ein Angebot wird wirksam, sobald es dem Empfänger zugeht.
- (2) Ein Angebot kann, selbst wenn es unwiderruflich ist, zurückgenommen werden, wenn die Rücknahmeerklärung dem Empfänger vor oder gleichzeitig mit dem Angebot zugeht.

Art. 15 Abs. 1 entspricht der allgemeiner formulierten, für alle Willenserklärungen geltenden Vorschrift des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Auch Art. 15 Abs. 2 entspricht weitgehend § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB. Es besteht allerdings insoweit ein terminologischer Unterschied zwischen beiden Vorschriften als im CISG von „Rücknahme“ und im BGB von „Widerruf“ die Rede ist. Dieser terminologische Unterschied liegt darin begründet, dass das CISG den Begriff „Widerruf“ für den Fall der nachträglichen Beseitigung eines bereits wirksam gewordenen Angebots verwendet (vgl. Art. 16).

Eine dem § 130 Abs. 2 BGB entsprechende Vorschrift fehlt im CISG. Da bei der Entstehung des CISG eine solche Vorschrift erwogen wurde, man dann aber auf sie verzichtet hat, kann man davon ausgehen, dass der Einfluss des Todes oder des Wegfalls der Geschäftsfähigkeit auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung außerhalb des Regelungsbereiches des UN-Übereinkommens liegt (Schroeter in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 15 Rdnr. 8).

Art. 16 [Widerruf des Angebots]

- (1) Bis zum Abschluß des Vertrages kann ein Angebot widerrufen werden, wenn der Widerruf dem Empfänger zugeht, bevor dieser eine Annahmeerklärung abgesandt hat.
- (2) Ein Angebot kann jedoch nicht widerrufen werden,  
wenn es durch Bestimmung einer festen Frist zur Annahme oder auf andere Weise zum Ausdruck bringt, daß es unwiderruflich ist, oder  
wenn der Empfänger vernünftigerweise darauf vertrauen konnte, daß das Angebot unwiderruflich ist, und er im Vertrauen auf das Angebot gehandelt hat.

Art. 16 regelt das in § 145 BGB normierte Problem der Bindung des Antragenden an das Angebot. Dabei löst Art. 16 das Problem genau anders herum: Während im deutschen Zivilrecht, wie bereits erörtert, der Antragende nach § 145 BGB grundsätzlich an das Angebot gebunden ist, sobald es dem Adressaten zugegangen ist, kann das Angebot nach Art. 16 Abs. 1 so lange widerrufen werden, bis der Adressat eine Annahmeerklärung abgesandt hat. Damit haben sich in Art. 16 Abs. 1 die romanischen und angelsächsischen Vertragsstaaten, deren Rechtsordnungen eine dem deutschen Recht vergleichbare Bindung an das Angebot fremd ist, weitgehend durchgesetzt (Schroeter in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 16 Rdnr. 1). Die Widerrufssperre nicht erst ab Vertragsschluss, sondern schon bei Absendung der Widerrufserklärung stammt aus dem Common Law (Schroeter in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 16 Rdnr. 4).

Art. 16 Abs. 2, der für bestimmte Fälle Ausnahmen von der generellen Widerruflichkeit des Angebots vorsieht, stellt demgegenüber ein Zugeständnis an das deutsche Recht und andere kontinentaleuropäische Rechtsordnungen dar (Reinhart, UN-Kaufrecht, Art. 16 Rdnr. 3).

#### Art. 17 [Erlöschen des Angebots]

Ein Angebot erlischt, selbst wenn es unwiderruflich ist, sobald dem Anbietenden eine Ablehnung zugeht.

Art. 17 entspricht ohne weiteres der Vorschrift des § 146 1. Alt. BGB. Der in §§ 146 2. Alt., 148 BGB geregelte Erlöschensgrund des Ablaufs einer im Angebot gesetzten Annahmefrist ist im CISG nicht gesondert aufgeführt. Allerdings ergibt sich aus Art. 18 Abs. 2 Satz 2 mittelbar, dass auch nach dem CISG ein befristetes Angebot mit Fristablauf erlischt.

#### Art. 18 [Begriff der Annahme]

(1) Eine Erklärung oder ein sonstiges Verhalten des Empfängers, das eine Zustimmung zum Angebot ausdrückt, stellt eine Annahme dar. Schweigen oder Untätigkeit allein stellen keine Annahme dar.

(2) Die Annahme eines Angebots wird wirksam, sobald die Äußerung der Zustimmung dem Anbietenden zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn die Äußerung der Zustimmung dem Anbietenden nicht innerhalb der von ihm gesetzten Frist oder, bei Fehlen einer solchen Frist, innerhalb einer angemessenen Frist zugeht; dabei sind die Umstände des Geschäfts einschließlich der Schnelligkeit der vom Anbietenden gewählten Übermittlungsart zu

berücksichtigen. Ein mündliches Angebot muß sofort angenommen werden, wenn sich aus den Umständen nichts anderes ergibt.

(3) Äußert jedoch der Empfänger aufgrund des Angebots, der zwischen den Parteien entstandenen Gepflogenheiten oder der Gebräuche seine Zustimmung dadurch, daß er eine Handlung vornimmt, die sich zum Beispiel auf die Absendung der Ware oder die Zahlung des Preises bezieht, ohne den Anbietenden davon zu unterrichten, so ist die Annahme zum Zeitpunkt der Handlung wirksam, sofern diese innerhalb der in Absatz 2 vorgeschriebenen Frist vorgenommen wird.

Ebenso wie auch im Falle des Antrages ist die Annahme im CISG anders als im BGB durch eine eigene Vorschrift geregelt. Dabei entspricht die Regelung in Art. 18 Abs. 1 der Rechtslage im Recht des BGB: Die Annahme ist eine Willenserklärung, die die Zustimmung zum Angebot ausdrückt und die sowohl durch eine ausdrückliche Erklärung als auch durch konkludentes Verhalten erfolgen kann (Art. 18 Abs. 1 Satz 1). Interessant ist insbesondere die Vorschrift des Art. 18 Abs. 1 Satz 2, die das Problem behandelt, inwiefern das Schweigen auf ein Angebot als Annahme gewertet werden kann. Im BGB gibt es für diesen Problemkreis keine eigene Vorschrift. Daher wird das Problem im deutschen Zivilrecht durch Rückgriff auf die allgemeinen Regeln für die Auslegung von Willenserklärungen gelöst (§§ 133, 157 BGB). Die dabei mit dem BGB nach allgemeiner Auffassung erzielten Ergebnisse stimmen mit der Regelung des Art. 18 Abs. 1 Satz 2 ohne weiteres überein: Schweigen oder Untätigkeit des Angebotsadressaten „allein“ kann nicht als Annahmeerklärung gewertet werden. Selbstverständlich kann das Schweigen aber wie jedes andere Verhalten sowohl nach dem CISG als auch nach dem BGB eine Annahmeerklärung darstellen, wenn besondere Umstände des Einzelfalles (z.B. vorherige Parteivereinbarung, dass Schweigen als Willenserklärung behandelt werden soll) eine solche Wertung nahe legen. Nicht anders als im deutschen Privatrecht kann der Antragende daher auch bei Anwendbarkeit des CISG den Angebotsempfänger (z. B. durch Zusenden unbestellter Waren) nicht einseitig darauf festlegen, dass das Schweigen auf das Angebot als Annahme behandelt werden wird (Schroeter in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 18 Rdnr. 9).

Art. 18 Abs. 2 Satz 1 entspricht ebenso wie Art. 15 Abs. 1 der Vorschrift des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB. Art. 18 Abs. 2 Satz 2 und 3 stimmen mit §§ 147, 148 weitgehend überein. Selbst da, wo die soeben angeführten Regelungen im BGB und im CISG dem Wortlaut nach deutlich voneinander abweichen (vgl. z.B. Art. 18 Abs. 2 Satz 2 1. HS: „angemessene Frist“ und § 147 Abs. 2 BGB: „Zeitpunkt, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf“), werden nahezu identische Ergebnisse erzielt (vgl. etwa: Schroeter in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art.

18 Rdnr. 15: „Im Ganzen wird die „angemessene Frist“ nicht nennenswert von dem abweichen, was dem deutschen Juristen in Anwendung des § 147 II BGB vertraut ist“).

Art. 18 Abs. 3 regelt den Fall der Entbehrlichkeit des Zugangs der Annahmeerklärung. Wenn die Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 3 vorliegen, dann kommt ein Vertrag auch alleine durch die Abgabe der Annahmeerklärung in Form konkludenten Verhaltens zustande. Damit übernimmt Art. 18 Abs. 3 die Funktion, die im unvereinheitlichten deutschen Recht § 151 BGB zukommt. Dabei sehen die beiden Vorschriften in der Sache (wenn auch nicht im Wortlaut) übereinstimmend vor, dass der Zugang der Annahmeerklärung für den Vertragsschluss dann entbehrlich ist, wenn eine entsprechende Verkehrssitte besteht oder wenn der Antragende in seinem Angebot auf den Zugang verzichtet hat. Darüber hinaus sieht Art. 18 Abs. 3 - ohne Entsprechung in § 151 BGB - vor, dass der Zugang auch dann entbehrlich ist, wenn sich dies aus den „zwischen den Parteien entstandenen Gepflogenheiten ergibt“. Im deutschen Zivilrecht wird man jedoch in einem solchen Fall fast immer einen konkludent erklärten Verzicht des Antragenden annehmen können, so dass sich aus dieser Abweichung des CISG im Ergebnis kaum Unterschiede zum BGB ergeben. Darüber hinaus weichen Art. 18 Abs. 3 und § 151 BGB jedenfalls theoretisch insoweit voneinander ab, als Art. 18 Abs. 3 seinem Wortlaut nach nur auf Annahmeerklärungen durch konkludentes Verhalten anwendbar ist. Daraus folgert auch die überaus h.M. zu Art. 18 Abs. 3, dass diese Vorschrift nicht auf verbale Annahmeerklärungen anwendbar sei (vgl. nur: Schroeter in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 18 Rdnr. 19 m.w.N.). § 151 BGB ist demnach seinem Wortlaut auf alle möglichen Annahmeerklärungen anwendbar. Allerdings wird es sich schon vom geregelten Lebenssachverhalt her auch bei § 151 BGB fast immer nur um nichtverbale konkludente Annahmeerklärungen handeln (dementsprechend gliedert Kramer, in MüKo, § 151 Rdnr. 53 „die unter § 151 zu subsumierenden Fälle“ nur in folgenden Fallgruppen: Erfüllungshandlungen und Aneignungs- und Gebrauchshandlungen).

Art. 19 [Ergänzungen, Einschränkungen und sonstige Änderungen zum Angebot]

(1) Eine Antwort auf ein Angebot, die eine Annahme darstellen soll, aber Ergänzungen, Einschränkungen oder sonstige Änderungen enthält, ist eine Ablehnung des Angebots und stellt ein Gegenangebot dar.

(2) Eine Antwort auf ein Angebot, die eine Annahme darstellen soll, aber Ergänzungen oder Abweichungen enthält, welche die Bedingungen des Angebots nicht wesentlich ändern, stellt jedoch eine Annahme dar, wenn der Anbietende das Fehlen der Übereinstimmung nicht unverzüglich mündlich beanstandet oder eine

entsprechende Mitteilung absendet. Unterlässt er dies, so bilden die Bedingungen des Angebots mit den in der Annahme enthaltenen Änderungen den Vertragsinhalt.

(3) Ergänzungen oder Abweichungen, die sich insbesondere auf Preis, Bezahlung, Qualität und Menge der Ware, auf Ort und Zeit der Lieferung, auf den Umfang der Haftung der einen Partei gegenüber der anderen oder auf die Beilegung von Streitigkeiten beziehen, werden so angesehen, als änderten sie die Bedingungen des Angebots wesentlich.

Art. 19 Abs. 1 stimmt mit § 150 Abs. 2 BGB überein. Diese Übereinstimmung des CISG mit dem Recht des BGB wird jedoch durch Art. 19 Abs. 2 insoweit relativiert, als durch diese Vorschrift die Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 1 auf „unwesentliche Abweichungen“ ausgeschlossen wird, wenn der Anbietende nicht die fehlende Übereinstimmung unverzüglich beanstandet. Art. 19 Abs. 2 ist dem Vorbild des amerikanischen Uniform Commercial Code nachgebildet (Reinhart, UN-Kaufrecht, Art. 19 Rdnr. 4).

### Art. 20 [Annahmefrist]

(1) Eine vom Anbietenden in einem Telegramm oder einem Brief gesetzte Annahmefrist beginnt mit Aufgabe des Telegramms oder mit dem im Brief angegebenen Datum oder, wenn kein Datum angegeben ist, mit dem auf dem Umschlag angegebenen Datum zu laufen. Eine vom Anbietenden telefonisch, durch Fernschreiben oder eine andere sofortige Übermittlungsart gesetzte Annahmefrist beginnt zu laufen, sobald das Angebot dem Empfänger zugeht.

(2) Gesetzliche Feiertage oder arbeitsfreie Tage, die in die Laufzeit der Annahmefrist fallen, werden bei der Fristberechnung mitgezählt. Kann jedoch die Mitteilung der Annahme am letzten Tag der Frist nicht an die Anschrift des Anbietenden zugestellt werden, weil dieser Tag am Ort der Niederlassung des Anbietenden auf einen gesetzlichen Feiertag oder arbeitsfreien Tag fällt, so verlängert sich die Frist bis zum ersten darauf folgenden Arbeitstag.

Art. 20 enthält Auslegungsregeln für die Berechnung der Annahmefrist. Eine dem Art. 20 vergleichbare Vorschrift, die eigens die Annahmefrist regelt, gibt es im BGB nicht. Daher muss man zur Berechnung der Annahmefrist im unvereinheitlichten deutschen Recht auf die allgemeinen Vorschriften über „Fristen“ in den §§ 186 ff. BGB zurückgreifen.

Art. 20 Abs. 1 enthält eine Auslegungsregel für die Bestimmung des Zeitpunktes, an dem eine Annahmefrist zu laufen beginnt, die der Antragende nicht kalendermäßig festgelegt hat. Dabei bestimmt die Vorschrift den Zeitpunkt des Fristbeginns danach, welches Kommunikationsmittel der Antragende verwendet hat. Eine solche nach Kommunikationsmitteln differenzierende Regelung gibt es in



den §§ 186 ff. BGB nicht. Der Fristbeginn ist im BGB in § 187 geregelt. Allerdings enthält § 187 BGB keine Art. 20 Abs. 1 entsprechende Vorschrift, die bestimmt, zu welchem Zeitpunkt eine nicht kalendermäßig bestimmte (Annahme-)Frist zu laufen beginnt. § 187 Abs. 2 BGB bestimmt lediglich, dass bei einer Frist wie der Annahmefrist, bei der der Beginn eines Tages der für den Fristbeginn maßgebende Zeitpunkt ist, der die Frist auslösende Tag bei der Berechnung der Frist mitgerechnet wird. Trotz des Fehlens einer Art. 20 Abs. 1 entsprechenden Vorschrift geht die h.M. davon aus, dass auch im Recht des BGB eine nicht kalendermäßig bestimmte Frist entsprechend der Regelung in Art. 20 Abs. 1 Satz 1 bereits mit dem Datum des Antrages und nicht erst mit dessen Zugang zu laufen beginnt (Palandt/Ellenberger, § 148 Rdnr. 5). Dementsprechend müsste man auch wie in Art. 20 Abs. 1 Satz 2 bei telefonisch übermittelten Anträgen zweckmäßigerweise auf den Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung abstellen.

Art. 20 Abs. 2 Satz 1 behandelt die Frage, ob gesetzliche Feiertage oder arbeitsfreie Tage, die in die Laufzeit der Annahmefrist fallen, bei der Fristberechnung mitgerechnet werden und bejaht sie. Der Sinn dieser Vorschrift liegt darin, Probleme zu vermeiden, die sich im grenzüberschreitenden Verkehr daraus ergeben können, dass gesetzliche Feiertage und arbeitsfreie Tage von Ort zu Ort sehr verschieden sein können (Schroeter in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 20 Rdnr. 5). Innerhalb Deutschlands stellt sich dieses Problem nicht mit der gleichen Schärfe, obgleich Feiertage hier auch von Bundesland zu Bundesland verschieden sein können. Daher enthält auch das BGB keine Art. 20 Abs. 2 Satz 2 entsprechende Vorschrift. Dennoch wird aus § 193 BGB, der bestimmt, dass an die Stelle des letzten Tages einer Frist ein Werktag tritt, wenn dieser letzte Tag ein Samstag, Sonntag oder Feiertag ist, von der weitaus überwiegenden Meinung gefolgert, dass auch im deutschen Recht Sonn- und Feiertage, die innerhalb einer Annahmefrist liegen, bei der Fristberechnung mitgerechnet werden (MüKo, Grothe, § 193 Rdnr. 5; Soergel, Augustin, § 193 Rdnr. 2).

Art. 20 Abs. 2 Satz 2 entspricht wiederum weitgehend § 193 BGB. Die beiden Vorschriften unterscheiden sich aber z.B. darin, dass sich nach § 193 BGB die Frist automatisch verlängert, wenn der letzte Tag der Frist ein Sonn- oder Feiertag ist, während dies nach dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 nur der Fall ist, wenn die Annahmeerklärung aus diesem Grunde nicht zugestellt werden kann. Dies wird man allerdings regelmäßig unterstellen können.

Art. 21 [Verspätete Annahme]

(1) Eine verspätete Annahme ist dennoch als Annahme wirksam, wenn der Anbietende unverzüglich den Annehmenden in diesem Sinne mündlich unterrichtet oder eine entsprechende schriftliche Mitteilung absendet.

(2) Ergibt sich aus dem eine verspätete Annahme enthaltenden Brief oder anderen Schriftstück, daß die Mitteilung nach den Umständen, unter denen sie abgesandt worden ist, bei normaler Beförderung dem Anbietenden rechtzeitig zugegangen wäre, so ist die verspätete Annahme als Annahme wirksam, wenn der Anbietende nicht unverzüglich den Annehmenden mündlich davon unterrichtet, daß er sein Angebot als erloschen betrachtet, oder eine entsprechende schriftliche Mitteilung absendet.

Art. 21 Abs. 1 findet im unvereinheitlichten deutschen Recht keine Entsprechung. Dort regeln vielmehr die §§ 146 2. Alt., 148 BGB, dass der Antrag nach Ablauf der Annahmefrist in jedem Falle erlischt und daher auch nicht mehr angenommen werden kann, selbst wenn der Antragende damit einverstanden wäre. Eine verspätete Annahme ist jedoch auch nach dem unvereinheitlichten deutschen Recht nicht unwirksam. Sie gilt vielmehr nach § 150 Abs. 1 BGB als neuer Antrag. Ist der Antragende mit der verspäteten Annahme einverstanden, dann kann demnach also doch noch ein Vertrag zustande kommen - nur ist der „verspätet Annehmende“ dann konstruktiv betrachtet Antragender.

Art. 21 Abs. 2 entspricht § 149 BGB.

Art. 22 [Rücknahme der Annahme]

Eine Annahme kann zurückgenommen werden, wenn die Rücknahmeerklärung dem Anbietenden vor oder in dem Zeitpunkt zugeht, in dem die Annahme wirksam geworden wäre.

Art. 22 stellt die Parallelvorschrift zu Art. 15 Abs. 2 dar. Demnach können nach dem CISG Angebot und Annahme unter den gleichen Voraussetzungen zurückgenommen werden. Damit entspricht Art. 22 ebenso wie Art. 15 Abs. 2 der Vorschrift des § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB, die allerdings anders als die beiden Normen des CISG auf alle Willenserklärungen anwendbar ist.

Art. 23 [Zeitpunkt des Vertragsschlusses]

Ein Vertrag ist in dem Zeitpunkt geschlossen, in dem die Annahme eines Angebots nach diesem Übereinkommen wirksam wird.

Liest man die bereits vorgestellten Vorschriften des CISG zum Vertragsschluss, insbesondere Art. 14 und Art. 18 Absätze 1 und 2, dann ist Art. 23 in der Tat eine „überflüssige Wiederholung“ (Reinhart, UN-Kaufrecht, Art. 23 Rdnr. 2). Andererseits macht diese Wiederholung gerade auch für den Laien deutlich, dass das CISG grundsätzlich vom Vertragsschluss durch Angebot und Annahme ausgeht und wann nach diesem Modell ein Vertragsschluss zu bejahen ist. Art. 23 kommt somit in erster Linie klarstellende Bedeutung zu. Auf eine solche Vorschrift hat man deshalb Wert gelegt, weil in zahlreichen Bestimmungen des UN-Kaufrechts auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt wird (vgl. Artt. 1 Abs. 2, 16 Abs. 1 etc.).

Da das BGB, wie man den §§ 145 ff. BGB entnehmen kann, ebenfalls regelmäßig von dem Modell des Vertragsschlusses durch Angebot und Annahme ausgeht, die „Technik“ des Vertragsschlusses selbst aber nicht regelt, gibt es auch keine Art. 23 entsprechende Vorschrift im BGB.

#### Art. 24 [Begriff des Zugangs]

Für die Zwecke dieses Teils des Übereinkommens „geht“ ein Angebot, eine Annahmeerklärung oder sonstige Willenserklärung dem Empfänger „zu“, wenn sie ihm mündlich gemacht wird oder wenn sie auf anderem Weg ihm persönlich, an seiner Niederlassung oder Postanschrift oder, wenn diese fehlen, an seinem gewöhnlichen Aufenthaltsort zugestellt wird.

Art. 24 definiert den Zugang. Eine solche Legaldefinition des Zugangs kennt das BGB nicht. Insbesondere § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB definiert den Begriff des Zugangs nicht, sondern setzt ihn lediglich voraus. Art. 24 stellt unterschiedliche Anforderungen an den Zugang je nachdem, ob die Willenserklärung dem Empfänger gegenüber „mündlich“ abgegeben oder ob sie ihm auf „anderem Wege“ zugestellt wird. Diese Differenzierung entspricht im Wesentlichen der aus der Dogmatik der Willenserklärung bekannten und im Wortlaut des § 130 Abs. 1 Satz 1 angelegten Differenzierung zwischen Willenserklärungen, die gegenüber Anwesenden und solchen, die gegenüber Abwesenden abgegeben werden. Es können lediglich deshalb geringfügige Unterschiede zwischen CISG und BGB auftreten, weil der Begriff des „Anwesenden“ nur die Möglichkeit unmittelbarer, zeitnaher Kommunikation voraussetzt, während der Begriff „mündlich“ diese unmittelbare Kommunikation auf das gesprochene Wort beschränkt und damit etwa durch Bildschirmtext übermittelte Erklärungen ausschließt (Schroeter in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 24 Rdnr. 4).

Welche Anforderungen an den Zugang einer mündlich abgegebenen Erklärung gemacht werden, regelt Art. 24 nicht. Ebenso wenig enthält das BGB eine Vorschrift, die den Zugang einer gegenüber Anwesenden abgegebenen Erklärung regelt. Dabei wird sowohl für das BGB als auch für das CISG heute ganz überwiegend die bereits im Verlaufe der Vorlesung vorgestellte eingeschränkte (modifizierte) Vernehmungstheorie vertreten.

Der Zugang einer „auf anderem Wege“ zugestellten Willenserklärung setzt entweder voraus, dass diese Erklärung dem Empfänger persönlich übergeben wird oder dass sie ihm an seiner Niederlassung oder seiner Postanschrift zugestellt wird. Letzteres setzt nach ganz herrschender Auffassung wie bei § 130 Abs. 1 Satz 1 voraus, dass die Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Ob darüber hinaus auch für Art. 24 ebenso wie im unvereinheitlichten deutschen Recht verlangt werden soll, dass der Empfänger die Möglichkeit der Kenntnisnahme hatte, ist umstritten. Dies ist vor allem für die Frage relevant, wann eine außerhalb der Geschäftszeiten, an Feiertagen oder außerhalb verkehrsüblicher Zeiten zugestellte Erklärung ihrem Empfänger zugeht. Es spricht einiges dafür, insoweit Art. 24 in Anlehnung an den Rechtsgedanken des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 anders als § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB auszulegen, da es bei einem Gesetz, das grenzüberschreitende Sachverhalte erfassen soll, Sinn macht, nationale Feiertage und lokale Verkehrs- und Geschäftssitten unberücksichtigt zu lassen.

---

## *V. Formvorschriften*

Das Bürgerliche Gesetzbuch geht vom Prinzip der Formfreiheit aus. Die Formfreiheit ist eine Folge der Privatautonomie. Die Privatautonomie lässt dem Erklärenden die Wahl, in welcher Art und Weise er seinen Willen äußern möchte. Ausnahmsweise jedoch gebietet das Gesetz die Einhaltung einer bestimmten Form. Diese Einschränkung der Privatautonomie findet ihre Rechtfertigung in den Formzwecken.

### **1. Formzwecke**

Die Formbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts, die entweder auf Gesetz oder auf Parteivereinbarung beruht, kann verschiedenen Zwecken dienen. Meistens liegen den Formvorschriften mehrere Erwägungen zugrunde.

### *a. Schutzfunktion*

Bei bestimmten Geschäften verlangt das Gesetz die Einhaltung einer Form, um den Beteiligten die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäfts und das damit verbundene Risiko vor Augen zu führen (z.B. §§ 766, 780, 781 BGB). Formvorschriften, die vor allem dieser Schutzfunktion dienen, erkennt man daran, dass ein Kaufmann nach dem HGB nicht daran gebunden ist (§ 350 HGB). Dahinter steht der Gedanke, dass ein Kaufmann bei der Führung seiner Geschäfte so erfahren ist, dass er eines derartigen Schutzes nicht bedarf.

### *b. Beweisfunktion*

Beweiszwecken dient insbesondere das Erfordernis der Handschriftlichkeit beim eigenhändigen Testament (§ 2247 BGB). Ansonsten erleichtern alle Formvorschriften wegen der Verkörperung der Erklärung den Beweis. Eine Vorschrift, die den Beweis durch Schriftstücke zwingend erfordert, gibt es im deutschen Recht nicht. In Frankreich hingegen erfordert Art. 1341 Code civil ab einem summenmäßig bestimmten Streitwert (5.000,00 FF laut Dekret vom 15. Juli 1980) einen Beweis durch Schriftstücke. Ein Zeugenbeweis ist dann nicht mehr zulässig. Interessant ist dabei, dass die Schriftform keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Erklärung ist. Auch das amerikanische Recht kennt mit dem statute of frauds Regeln, welche die Durchsetzung vertraglicher Verpflichtungen an ein vom Verpflichteten unterschriebenes Schriftstück binden.

### *c. Beratungsfunktion*

In den Fällen, in denen als Form für die Willenserklärung eine notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist, steht die Beratungsfunktion im Vordergrund (§§ 311b Abs. 1, 3 und 5, 518, 1410, 2276 BGB). Der Erklärende muss vom Notar hinsichtlich der rechtlichen Folgen und der Bedeutung des Geschäfts beraten und belehrt werden (§ 17 ff BeurkG, § 24 BNotO).

## **2. Arten der Formen**

### *a. Schriftform (§ 126 BGB)*

Verlangt das Gesetz die Schriftform, so muss die Urkunde vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden (§ 126 Abs. 1 BGB).

(1) Eine **Urkunde** ist die schriftliche Verkörperung einer Erklärung. Das gesamte formbedürftige Rechtsgeschäft muss in einer Urkunde enthalten sein. Besteht die Urkunde aus mehreren Blättern, so muss deren Zusammengehörigkeit durch körperliche Verbindung oder in sonstiger Weise erkennbar gemacht werden.

(2) Die **Unterzeichnung** muss den Text der Urkunde räumlich abschließen. Ein Nachtrag erfordert eine neue Unterschrift. Ein über dem Urkudentext stehender Namenszug („Oberschrift“) ist auch bei durchgestalteten Formularen, die eine Unterzeichnung am oberen Rand vorsehen, keine Unterschrift im Sinne der ZPO §§ 416 und 440 Abs. 2 (BGHZ 113, 48).

(3) Das Erfordernis „durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens“ dient dem Zweck, dass der Aussteller zweifelsfrei festgestellt werden kann. Dabei genügt die Unterzeichnung mit dem Familiennamen oder die Verwendung eines Pseudonyms, wenn der Erklärende dadurch sicher ermittelt werden kann.

(4) Die Unterschrift muss stets **eigenhändig** vom Erklärenden selbst und mit der Hand geleistet werden. Deshalb genügt die Übermittlung einer Urkunde durch Telefax nicht der Schriftform (BGH NJW 1993, 1126). Eine Vertretung ist grundsätzlich möglich und wird in aller Regel durch die Zusätze i.V. oder i.A. kenntlich gemacht. Es ist ebenso anerkannt, dass der Vertreter mit dem Namen des Vertretenen unterschreiben darf.

### *b. Öffentliche Beglaubigung (§ 129 BGB)*

Bei der öffentlichen Beglaubigung kommt zur Schriftform noch hinzu, dass ein Notar die Echtheit der Unterschrift oder des Handzeichens mittels eines auf die Urkunde gesetzten Vermerks bestätigt (§ 129 Abs. 1 BGB, §§ 39, 40 BeurkG). Der Notar bezeugt dadurch, dass die Unterschrift oder das Handzeichen in seiner Gegenwart zu dem angegebenen Zeitpunkt von dem Erklärenden vollzogen oder anerkannt worden ist (z.B. §§ 1154, 1155, 1945 BGB, § 29 GBO).

### *c. Notarielle Beurkundung (§ 128 BGB)*

Hier wird die gesamte Erklärung und nicht lediglich die Unterschrift von einem Notar beurkundet. Der Notar bezeugt, dass die in der Urkunde benannte Person in seiner Gegenwart eine Erklärung des beurkundeten Inhalts abgegeben hat. Für bestimmte Fälle sieht das Gesetz vor, dass die Erklärung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile abgegeben werden muss (z.B. §§ 925, 1410, 2276 BGB).

*d. Besondere Formerfordernisse*

In manchen Fällen sieht das Gesetz besondere Formerfordernisse vor. So muss z.B. die Willenserklärung zur Eheschließung vor dem Standesbeamten bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Eheschließenden persönlich erklärt werden (§§ 1310, 1311 BGB). Besondere Vorschriften gelten auch für das Testament (§ 2232 BGB für das öffentliche, § 2247 BGB für das privatschriftliche Testament).

*e. Textform und elektronische Form*

Der heutige Geschäftsverkehr bedient sich vielfach elektronischer Kommunikationsmöglichkeiten, die keiner der vorgestellten Formen genügen. Das gilt sowohl für das Telefax wie für die elektronische Post und das Ausfüllen von Bestellformularen im Internet. Soweit es um Rechtsgeschäfte geht, die formfrei sind, bringt das jedenfalls für die Gültigkeit der Geschäftsabschlüsse keine Probleme mit sich. Die Frage ist aber, ob nicht auch formbedürftige Rechtsgeschäfte über das Netz abgeschlossen können werden sollen, wenn es für den elektronischen Austausch von Willenserklärungen der Unterschriftsleistung und ihren Funktionen vergleichbare Verfahren geben sollte.

Die Frage ist inzwischen durch den Gesetzgeber beantwortet worden. In § 126 Abs. 3 BGB heißt es seit dem 1.8.2001:

Die schriftliche Form kann durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

Wie das Ersetzen der schriftlichen Form durch die elektronische Form erfolgt, bestimmt § 126a Abs. 1 BGB:

Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen.

Das Signaturgesetz verweist uns auf ein asynchrones Verschlüsselungsverfahren unter Verwendung von Schlüsselpaaren aus öffentlichen und privaten Schlüsselteilen, das man qualifiziert nennt, wenn das Schlüsselpaar und die dazu gehörige Chipkarte von einem vom Bundesamt für Sicherheit im Internet (BSI) zertifizierten Anbieter stammen.

### 3. Rechtsfolgen des Formmangels

Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig (§ 125 S. 1 BGB), also von Anfang an nicht wirksam (Nichtigkeit ex tunc). Die Nichtigkeit kann jedoch durch besondere Anordnungen aufgehoben werden. Man spricht insoweit von der Heilung von Formmängeln. Zu erwähnen sind hier insbesondere die §§ 311b Abs. 1 S. 2, 518 Abs. 2 BGB, 494 Abs. 2 BGB und 507 Abs. 2 Satz 2 BGB. Der gemeinsame Gedanke dieser Heilungsmöglichkeiten liegt in den ersten beiden Fällen darin, dass der keines Schutzes mehr bedarf, der die Leistung erbracht hat. Denn spätestens dieses Opfer musste ihm zeigen, auf was er sich da eingelassen hat. In den beiden zuletzt genannten Fällen des Verbraucherkredites greifen diese Erwägungen nicht. Hier wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass mit dem Erhalt der Kreditleistung dem Verbraucher auch der Kredit verbleiben soll. Allerdings werden die Kreditkonditionen dem Informationsstand des Verbrauchers angepasst.

Ist eine **Nebenabrede** eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts formlos abgeschlossen worden, dann ist die Nebenabrede gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig. Die Wirksamkeit des an sich formgültig abgeschlossenen Hauptteils richtet sich nach § 139 BGB. Danach ist das gesamte Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne die nichtige Nebenabrede vorgenommen sein würde.

Dem Formzwang unterliegen alle Vereinbarungen, die nach dem Willen der Parteien zu dem formbedürftigen Geschäft gehören. Das gilt grundsätzlich auch für **Änderungen** des formbedürftigen Rechtsgeschäfts. Eine Ausnahme davon kommt in Betracht, wenn durch eine nachträgliche Vereinbarung nur unvorhergesehen auftretende Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung beseitigt werden sollen und wenn die zu diesem Zweck getroffene Vereinbarung die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Vertrag nicht wesentlich verändert.

Werden durch eine Abänderung Verpflichtungen eines Vertragspartners eingeschränkt, dann kommt es auf die Formzwecke an, ob die Änderung formbedürftig ist. Bezweckt die Form lediglich den Schutz der Vertragspartei, deren Verpflichtungen eingeschränkt werden, dann ist die Abänderung auch formlos wirksam. Dient sie allerdings noch Beweiszwecken, dann müssen die Formanforderungen auch hier erfüllt werden.

Sofern für den Abschluss eines Vertrags eine Formvorschrift besteht, ist diese grundsätzlich auch für den **Vorvertrag** (ein Vertrag, durch den sich eine oder mehrere Parteien verpflichten, einen Hauptvertrag abzuschließen, aus dem sich



dann erst die unmittelbare Pflicht zur Erbringung der eigentlich erstrebten Hauptleistung ergibt) einzuhalten. Allerdings kommt es auch auf die Funktion der jeweiligen Formvorschrift an. Dient sie lediglich der Beweissicherung, ist die Einhaltung der Form beim Hauptvertrag ausreichend.

Der Formzwang des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB gilt auch für einen Vertrag, mit dem über die Vereinbarung eines empfindlichen Nachteils ein mittelbarer Zwang ausgeübt werden soll oder wird, Immobilien zu erwerben oder zu veräußern (z.B. in einem Maklervertrag). Eine solche Vereinbarung liegt insbesondere dann vor, wenn mit einem Vertragsstrafeversprechen oder einer ähnlichen Zusage in dem Maße Druck ausgeübt werden kann, dass der Schutzzweck des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB gefährdet wird (BGH NJW 1987, 54 (54)). Aus ähnlichen Gründen bedarf in bestimmten Fällen auch die Vollmachtserklärung einer besonderen Form. Maßgebend ist, ob der Vollmachtgeber bereits durch die Erteilung der Vollmacht rechtlich und tatsächlich in gleicher Weise gebunden wird wie durch den Abschluss des formbedürftigen Rechtsgeschäfts selbst. In diesen Fällen wird § 167 Abs. 2 BGB, der an sich die Formfreiheit der Vollmachtserteilung vorsieht, teleologisch reduziert. Das gilt etwa für die unwiderrufliche Vollmacht und für eine Vollmacht, bei der der Bevollmächtigte von dem Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) befreit ist.

Es gilt der Grundsatz, dass die gesetzlichen Formvorschriften im Interesse der Rechtssicherheit unbedingt eingehalten werden müssen, und es geht nicht an, sie aus allgemeinen Billigkeitserwägungen außer Anwendung zu lassen. Ausnahmen hiervon sind nur in ganz besonders liegenden Fällen statthaft, sofern es nach den Beziehungen der Beteiligten und nach den gesamten Umständen mit Treu und Glauben unvereinbar wäre, vertragliche Vereinbarungen wegen Formmangels unausgeführt zu lassen (BGH NJW 1965, 812 (813)). Hierzu nun einige Erläuterungen:

#### *a. Bewusste Nichtbeachtung der Form*

Fall (vgl. Edelmannfall RGZ 117, 121):

A verspricht dem B als Belohnung für seine Dienste ein Grundstück. Auf das Verlangen des B nach notarieller Beurkundung (wegen § 313 S. 1 BGB a.F.) entgegnete A, B könne ganz beruhigt sein, er sei ein Mann von Adel und sein Edelmannswort genüge. Letztlich entpuppt sich A jedoch keineswegs als Edelmann und denkt gar nicht daran, dem B das Grundstück zu übereignen.

Das Reichsgericht konnte weder einen Verstoß gegen Treu und Glauben noch einen gegen die guten Sitten erkennen (RGZ 117, 121 (124)). A und B haben in Kenntnis des gesetzlichen Formerfordernisses ihre Vereinbarung formlos getroffen. Wissen die Parteien bei Vertragsabschluss, dass ein Teil ihrer Abmachungen wegen Nichtbeachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form unwirksam ist, so wird das Rechtsgeschäft lediglich von den übrigen Vertragsbestimmungen gebildet (BGHZ 45, 376). A und B haben demnach die Folgen der Nichtigkeit zu tragen, was in diesem Falle zu Lasten des B geht.

In einem späteren, dem Edelmannfall ähnlich gelagerten Fall (Ein bedeutendes wirtschaftliches Unternehmen hat unter Einsatz seines Gewichts und seines Ansehens sowie durch den Hinweis, dass es einen privatschriftlichen Vertrag einem notariellen als gleichwertig anzusehen pflege, einen ehemaligen Mitarbeiter zum Absehen von der Einhaltung der notariellen Form veranlasst – BGHZ 48, 396.) ist der BGH von diesen klaren Regeln abgewichen. Das Unternehmen habe unter Einsatz seiner Bedeutung und seines Ansehens sowie unter Hinweis auf die Geschäftsgepflogenheiten in so nachdrücklicher Weise die Erfüllung des formnichtigen Vertrages in Aussicht gestellt, dass es sich ohne Verstoß gegen Treu und Glauben nicht von dem Vertrag lossagen könne. Seine spätere Berufung auf die Formnichtigkeit des Vertrages stelle ohne Rücksicht darauf, dass sich der Vertragspartner nicht in einem Irrtum über dessen Formbedürftigkeit befunden habe, eine unzulässige Rechtsausübung dar (BGHZ 48, 396 (399/400)).

Ein Vertrag, der den gesetzlichen Formvorschriften nicht entspricht, kann demnach dann nicht als nichtig angesehen werden, wenn die Nichtanerkennung zu einem für einen Vertragspartner untragbaren, nicht etwa nur zu einem harten Ergebnis führen würde.

### *b. Täuschung über die Formbedürftigkeit*

Ein Absehen vom Formzwang ist insbesondere berechtigt, wenn derjenige, der im Hinblick auf die Nichterfüllung der Form die Einhaltung seines Versprechens verweigert, arglistig die Einhaltung der Form verhindert hat, seinen Vertragspartner also über das Formerfordernis getäuscht hat. Dahinter steht der Grundsatz, dass niemand aus seinem arglistigen Verhalten einen Vorteil ziehen darf. Dem Getäuschten steht es indes frei, sich seinerseits auf den Formmangel zu berufen oder am Vertrag festzuhalten.

### *c. Versehentliche Nichtbeachtung der Form*

Ist die Nichtbeachtung der Form auf die Unkenntnis der Parteien über die Formbedürftigkeit zurückzuführen, oder ist ihre Einhaltung versehentlich unterblieben, dann ist ein Abweichen von § 125 BGB und damit von der Nichtigkeit wiederum nur bei einem gänzlich untragbaren Ergebnis zulässig. Hat allerdings ein Vertragspartner den Formmangel dem anderen gegenüber zu verantworten, weil er dessen Vertrauen in Anspruch genommen hat, so führt dies zu einer Schadensersatzpflicht wegen vorwerfbarer Verletzung vorvertraglicher Sorgfalts- und Aufklärungspflichten (culpa in contrahendo).

## **4. Durch Rechtsgeschäft bestimmte Form**

Die Parteien können auch für formfreie Rechtsgeschäfte eine Form (in aller Regel ist es die Schriftform) vereinbaren. Eine solche Formvereinbarung kann je nach dem Willen der beteiligten Parteien konstitutive oder deklaratorische Bedeutung haben. Konstitutiven Stellenwert hat die Vereinbarung, wenn die Parteien dem Geschäft nur dann Gültigkeit beimessen wollen, wenn die vereinbarte Form eingehalten wurde. Dagegen ist es auch denkbar, dass die Parteien nur zum Zwecke der Beweissicherung die Schriftform vereinbart haben, ihre Nichteinhaltung die Gültigkeit des Geschäfts aber nicht berühren soll (deklaratorische Bedeutung). Nach § 125 S. 2 BGB hat der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form im Zweifel ebenso die Nichtigkeit zur Folge. Die Formvereinbarung hat also konstitutive Wirkung, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

Die vereinbarte Schriftformklausel kann nach herrschender Meinung formfrei aufgehoben werden. Dazu genügt auch ein schlüssiges Verhalten. Zur Aufhebung eines vereinbarten, konstitutiv wirkenden Formzwanges genügt es jedoch nicht, dass die Parteien die Geltung der nicht den Formvorschriften entsprechenden Vereinbarung ernstlich gewollt haben. Sie müssen sich vielmehr im Bewusstsein des Formerfordernisses über dieses hinweggesetzt haben (vgl. BGHZ 66, 378 (380/381)). Ansonsten hebt natürlich auch eine ausdrückliche Aufhebungserklärung den Formzwang auf. Wenn die rechtsgeschäftliche Schriftformklausel nur Klarstellungszwecken dient, dann sieht der BGH sogar ganz von der Notwendigkeit einer Aufhebungsvereinbarung ab (BGHZ 49, 364 (367)). Problematisch ist hierbei sicherlich, dass die beabsichtigte Beweissicherung weitgehend verloren geht. Man muss dann letztlich im Prozess strenge Anforderungen an den Beweis einer formlosen Vereinbarung stellen.

## 5. Formerfordernisse in gerichtlichen Verfahren

Auch gerichtliche Verfahren unterliegen Formerfordernissen. Schon aus der Notwendigkeit der Aktenführung ergibt sich, dass Eingaben an das Gericht schriftlich erfolgen müssen. Und so finden wir denn in den Verfahrensvorschriften eigenständige Formregeln. Werfen wir einen Blick in die Zivilprozessordnung, die das Verfahren in der streitigen Zivilgerichtsbarkeit regelt, so treffen wir in § 130 ZPO auf eine Regelung für Schriftsätze, die in Nr. 6 das Erfordernis der Unterschrift festschreibt. Danach müssten auch im gerichtlichen Verkehr Schriftsätze durch Telefax an sich ausgeschlossen sein. Denn das Telefax enthält nur die Kopie eines (unterschriebenen) Schriftstücks nicht aber auch selbst eine Unterschrift. Hier hat sich jedoch die Rechtsprechung über das Unterschriftserfordernis hinweggesetzt und das Telefax jedenfalls zur Fristwahrung ausreichen lassen. Läuft mithin eine Frist am Montag ab, so reicht es zur Fristwahrung, wenn am Montag ein Telefax bei Gericht eingeht und das eigentliche Schriftstück erst nach Fristablauf zu den Akten kommt. Darüber wird heute nicht mehr gestritten.

Streit herrschte allerdings über die Frage, ob auch ein Computerfax mit eingescannter Unterschrift zur Fristwahrung ausreicht. Der Bundesgerichtshof wollte das nicht ausreichen lassen. Er verlangte ein Fax vom ausgedruckten und unterschriebenen Original. Das Bundesverwaltungsgericht und das Bundessozialgericht sahen das anders. Um zu einer einheitlichen Entscheidung dieser Rechtsfrage zu kommen, hatte in einem Vorlagebeschluss der Bundesgerichtshof die Frage dem Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes vorgelegt. Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes hat entschieden, dass das Computerfax mit eingescannter Unterschrift zur Fristwahrung ausreicht.

Der Streit ist heute nur noch von historischer Bedeutung, weil der Gesetzgeber der ZPO im Jahre 2001 in § 130 ZPO das Fax ausdrücklich berücksichtigt und in § 130a ZPO sogar eine Regelung für elektronische Schriftsätze getroffen hat.

## *Gültigkeitsmängel eines Rechtsgeschäfts*

---

Der Ausdruck Gültigkeitsmängel ist auch unter Juristen kein gebräuchlicher Ausdruck. Normalerweise spricht man von Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Rechtsgeschäfts. Aber das ist ungenau, wenn man sich fragt, wer im Streitfalle die tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtsregeln beweisen muss, die wir hier als Gültigkeitsmängel bezeichnen. Dann nämlich zeigt sich, dass die im Folgenden zu erörternden Phänomene keine Voraussetzungen für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts oder einer Willenserklärung sind, sondern Voraussetzungen für Gegenrechte, die gegen eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung bestehen können. Im Prozess muss nicht derjenige das Fehlen dieser Mängel beweisen, der einen Anspruch geltend macht, sondern derjenige das Vorhandensein, der aus dem Anspruch nicht in Anspruch genommen werden möchte. Im Vordergrund stehen zunächst die Willensmängel des geheimen Vorbehalts, der Scherzerklärung, der Scheinerklärung, des Irrtums, der Bedrohung und der Täuschung. Dann werden die Mängel der Geschäftsfähigkeit behandelt werden. Für die Fälle der Gesetzes- und Sittenwidrigkeit ist ein eigenes Kapitel Gültigkeitsschranken vorgesehen.

---

## *I. Willensmängel und Anfechtung*

### **1. Geheimer Vorbehalt, Scheinerklärung, Scherzerklärung**

#### *a. Geheimer Vorbehalt*

„Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen“ (§ 116 Satz 1 BGB). Legt man die obigen Ausführungen zur Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen nach §§ 133, 157 BGB zugrunde, dann bringt das BGB, wie Larenz formuliert, mit dieser Vorschrift über den **geheimen Vorbehalt** lediglich eine „Selbstverständlichkeit“ zum Ausdruck. Allerdings war diese für uns heute dogmatisch konsequente Vorschrift zur Zeit der Entstehung des BGB nicht unumstritten, da sie als Widerspruch zur „Willentheorie“ und damit zur Privatautonomie gewertet wurde. Dies wird nur verständlich vor dem Hintergrund eines einseitig individualistisch-liberalen Verständnisses von Privatautonomie. Akzeptiert man dagegen, dass Privatautonomie neben rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung auch Verantwortung und Vertrauensschutz umschließt, dann erscheint § 116 Satz 1 BGB keineswegs als Widerspruch zum Leitgedanken der Privatautonomie.

Der geheime Vorbehalt ist vom Fehlen des Erklärungsbewusstseins deutlich zu unterscheiden, denn wer sich lediglich insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen (so genannte **Mentalreservation**), handelt durchaus in dem Bewusstsein, eine rechtserhebliche Erklärung abzugeben, er will lediglich nicht, dass die Rechtsfolge, die seine Erklärung ihrem objektiven Erklärungsgehalt nach herbeiführen soll, eintritt. Darüber hinaus muss der Erklärende wollen, dass der Erklärungsempfänger seinen Vorbehalt nicht erkennt. Dies kann man im Wege systematischer Auslegung § 118 BGB entnehmen. Demnach ist der „böse Scherz“, also die Willenserklärung, die man zum Scherz abgibt, um den Erklärungsempfänger über den Mangel der Ernstlichkeit zu täuschen, ein Fall des § 116 Satz 1 BGB. § 118 BGB ist die Regelung für den „guten Scherz“.

Des Weiteren muss sich der Vorbehalt auf das Eingehen einer Verpflichtung beziehen; ist der Erklärende lediglich von vorneherein nicht Erfüllungswillig, dann ist das zwar für die Wirksamkeit der Willenserklärung gleichermaßen unbeachtlich, jedoch folgt dies dann nicht aus § 116 Satz 1 BGB, sondern aus den allgemeinen Grundsätzen über die Auslegung von Willenserklärungen.

Geheim ist der Vorbehalt nicht nur dann, wenn er lediglich dem Erklärenden bekannt ist. Vom Sinn und Zweck der Vorschrift her ist vielmehr für die „Geheimheit“ des Vorbehalts nur erforderlich, dass er dem Erklärungsempfänger unbekannt ist. Die Kenntnis Dritter dagegen ist unbeachtlich. Der Ehemann, der sich beim Abschluss eines Kaufvertrages vorbehält, den Vertragsschluss nicht zu wollen, ist also auch dann nach § 116 Satz 1 an den Vertrag gebunden, wenn er seiner Frau zuvor von dem Vorbehalt berichtet hatte.

Ist dem Erklärungsempfänger dagegen der Vorbehalt bekannt, ohne dass er sich gerade mit dem Erklärenden darüber einig war (vgl. § 117 Abs. 1 BGB), dann ist er nach der Wertung des § 116 Satz 2 BGB nicht schutzwürdig; die Willenserklärung ist dann nichtig.

### *b. Scherzerklärung*

Bei der Scherzerklärung gibt der Erklärende ebenso wie im Falle des geheimen Vorbehalts eine Willenserklärung ab, deren Geltung er nicht will. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass der Erklärende bei der Scherzerklärung gerade nicht will, dass der Erklärungsempfänger seinen Vorbehalt nicht erkennt, sondern dass er vielmehr davon ausgeht, der Mangel der Ernstlichkeit seiner Erklärung werde erkannt (§ 118 BGB). Diese allgemeine Umschreibung macht auch deutlich, dass der Begriff der Scherzerklärung zu eng ist, da das Motiv für die Abgabe einer Erklärung von der in § 118 BGB umschriebenen Art nicht allein ein Scherz sein kann. Über eine Scherzerklärung hinaus kann der Mangel der Ernstlichkeit auch auf Prahlerei, Höflichkeit, Ironie oder sonstigen Motiven beruhen. Gibt der Erklärende demnach eine Willenserklärung nur zum Scherz ab in der Erwartung, dass der Erklärungsempfänger das erkennt, so handelt es sich um einen „**guten Scherz**“, der unter § 118 BGB fällt, so dass die Willenserklärung nichtig ist. Erkennt der Erklärende daraufhin aber, dass der Empfänger seinen Scherz entgegen seiner Erwartung ernst genommen hat, so ist der Erklärende nach Treu und Glauben aus vorangegangenem Tun zur Aufklärung verpflichtet. Unterlässt er diese Aufklärung, so verwandelt sich sein „guter Scherz“ bildlich gesprochen in einen „bösen Scherz“, d.h. er kann sich dann nach der Wertung des § 116 Satz 1 BGB wegen seines treuwidrigen Verhaltens (§ 242 BGB) nicht mehr auf § 118 BGB berufen. Die anfänglich nichtige Erklärung wird dann als gültig behandelt.

Gerade bei § 118 BGB liegt es nahe zu betonen, dass die Vorschrift überhaupt nur eingreift, wenn der Erklärende aus der maßgeblichen Perspektive des Empfängerhorizontes eine Willenserklärung abgegeben hat. Geht schon aus den Umständen hervor (z.B. „Vertragsangebot“ eines Komödianten auf der Bühne an

jemanden aus dem Publikum), so fehlt es bereits am objektiven Tatbestand einer Willenserklärung, ohne dass es noch auf § 118 BGB ankäme.

Allerdings wird § 118 BGB vielfach als systemwidrig kritisiert, weil er durch die Nichtigkeitsanordnung den Interessen des Erklärungsempfängers nicht genügend Rechnung trage. Daher wird vorgeschlagen, § 118 BGB dergestalt einschränkend auszulegen, dass er auf die Fälle beschränkt wird, in denen der Erklärende berechtigterweise davon ausgeht, dem Empfänger werde die mangelnde Ernstlichkeit seiner Erklärung auffallen. Diese Auffassung ist jedoch mit dem Gesetz nicht vereinbar, wie man § 122 Abs. 2 BGB entnehmen kann: Nach § 122 Abs. 1 BGB hat der Erklärende ebenso wie bei der Irrtumsanfechtung dem Empfänger den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut; diese Verpflichtung tritt aber gemäß § 122 Abs. 2 BGB nicht ein, wenn der Geschädigte den Nichtigkeitsgrund kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste). Damit geht das Gesetz eindeutig davon aus, dass es Scherzerklärungen im Sinne des § 118 BGB gibt, die der Empfänger nicht als solche erkennen kann, ohne dabei fahrlässig zu handeln, denn nur in diesem Falle gewährt es dem Empfänger Schadensersatz (§§ 118, 122 Abs. 1 BGB). Wollte man also § 118 BGB im obigen Sinne einschränkend auslegen, so wäre entgegen dem eindeutigen Wortlaut ein Schadensersatzanspruch aus § 122 Abs. 1 BGB nie gegeben. Daher ist dieser Auffassung nicht zu folgen.

### *c. Scheingeschäft*

Beim Scheingeschäft gibt der Erklärende eine empfangsbedürftige Willenserklärung mit dem **Einverständnis** des Erklärungsempfängers nur zum Schein ab („**simulierte Erklärung**“). Das Scheingeschäft unterscheidet sich somit von dem Fall des vom Erklärungsempfänger erkannten geheimen Vorbehalts (§ 116 Satz 2 BGB) dadurch, dass der Erklärende sich mit dem Empfänger darüber einig ist, dass die Erklärung nicht gelten soll. Da in diesem Fall der (objektive) Bedeutungsgehalt der Willenserklärung von der Bedeutung abweicht, die beide Parteien der Willenserklärung beilegen, darf man die Parteien nach den Grundsätzen, die wir bei der Auslegung von Willenserklärungen bereits kennen gelernt haben, nicht am buchstäblichen Sinne der Erklärung festhalten, sondern muss vielmehr dem vom Erklärungsempfänger erkannten (und gebilligten) wahren Willen des Erklärenden zum Erfolg verhelfen (§ 133 BGB). Dem trägt § 117 Abs. 1 BGB dadurch Rechnung, dass er die Nichtigkeit der Scheinerklärung anordnet. Dabei muss das Scheingeschäft streng von den **Treuhandgeschäften** (fiduziarischen Geschäften) und den so genannten „**Strohmanngeschäften**“ unterschieden werden. Ein Treuhandgeschäft liegt vor, wenn einem Treuhänder (Treunehmer) von einem Treugeber formell eine Rechtsmacht eingeräumt wird, die



nach außen hin unbeschränkt ist, die er aber im (Innen)Verhältnis zum Treugeber nur in einer bestimmten Weise ausüben darf. Dies ist z.B. der Fall, wenn ein Schuldner seinem Freund ein Recht überträgt, um es vor dem Zugriff (der Pfändung) seiner Gläubiger zu entziehen, sich beide aber darüber einig sind, dass der Freund dem Schuldner das Recht später wieder zurück übertragen soll und dass die Nutzungen, die er aus dem Recht zieht, ebenfalls dem Schuldner gebühren sollen. Ein „Strohmanngeschäft“ liegt immer dann vor, wenn jemand als Strohmann von einem „Hintermann“ vorgeschickt wird, um im eigenen Namen aber für Rechnung und im wirtschaftlichen Interesse des Hintermannes ein Recht zu erwerben oder auszuüben. Der entscheidende Unterschied zwischen solchen Treuhand- oder Strohmanngeschäften und einem Scheingeschäft besteht darin, dass bei diesen Geschäften anders als beim Scheingeschäft für die Parteien gerade darauf ankommt, dass die Willenserklärung die Rechtsfolge herbeiführt, die auch ihrem objektiven Erklärungsgehalt entspricht; lediglich die mit dem Eintritt der Rechtsfolge verbundenen tatsächlichen oder wirtschaftlichen Folgen sollen unterbleiben. Während die Parteien beim Scheingeschäft also den dem objektiven Erklärungsgehalt entsprechenden Rechtserfolg nicht wollen, wollen sie beim Treuhand- oder Strohmanngeschäft lediglich den mit dem Rechtserfolg verbundenen wirtschaftlichen Erfolg nicht.

Das Scheingeschäft soll oft den Rechtsverkehr über ein anderes, von den Parteien ernstlich gewolltes Rechtsgeschäft täuschen, das es verdeckt. Da die Parteien die Willenserklärung dann übereinstimmend in einem anderen Sinne verstehen, gilt nach den Grundsätzen, die wir bereits bei der Auslegung von Willenserklärungen erörtert haben, dass die von den Parteien übereinstimmend anders verstandene Falschbezeichnung dem rechtlichen Erfolg ihres wahren Willens (§ 133 BGB) nicht schadet (*falsa demonstratio non nocet*). Dem trägt § 117 Abs. 2 BGB Rechnung, indem er anordnet, dass, wenn durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt wird, die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung finden. Praktisch relevant wird dies häufig beim so genannten „**Schwarzkauf**“. Hierbei handelt es sich um eine in Klausuren immer wieder gerne herangezogene Fallkonstellation, die wir im folgenden **Fall** etwas näher darstellen wollen:

A will das Grundstück des B zu einem bestimmten, zuvor ausgehandelten Preis kaufen. Bei dem Notar geben sie dann einen niedrigeren Kaufpreis an, da sie Grunderwerbssteuer und Notarkosten sparen wollen. Der Notar beurkundet den Grundstückskaufvertrag mit dem niedrigeren Kaufpreis. Dabei sind sich die Parteien aber einig, dass A dem B den höheren, zuvor mündlich vereinbarten Kaufpreis schulden soll. Ist zwischen A und B ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen und wenn ja mit welchem Inhalt?

Man könnte daran denken, dass der Vertrag mit dem Kaufpreis zustande gekommen ist, den der Notar beurkundet hat. Dem steht aber entgegen, dass die Parteien das Rechtsgeschäft einvernehmlich in einem anderen Sinne verstanden haben und den in der Vertragsurkunde angegebenen Kaufpreis nicht gewollt haben. Sie haben den beurkundeten Kaufvertrag einverständlich nur zum Schein geschlossen, so dass dieser nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig ist. Allerdings haben die Parteien ihre Erklärungen übereinstimmend in einem anderen Sinne verstanden, so dass der Vertrag trotz dem anders lautenden Vertragstext mit dem Inhalt, also dem Kaufpreis, zustande gekommen ist, den die Parteien ihm übereinstimmend beigelegt haben (§ 133 BGB). Die von den Parteien übereinstimmend in einem anderen Sinne verstandene Falschbezeichnung des Kaufpreises schadet also nicht („falsa demonstratio non nocet“). A und B haben somit einen Kaufvertrag mit dem zuvor ausgehandelten, höheren Kaufpreis geschlossen. Gemäß § 117 Abs. 2 BGB finden auf diesen Kaufvertrag als durch den beurkundeten Kaufvertrag „verdecktes Geschäft“ die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung. Dies ist in unserem Fall die Vorschrift des allgemeinen Schuldrechts, die für alle Verträge, „durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben“, die Form der notariellen Beurkundung vorschreibt (§ 311b Abs. 1 Satz 1 BGB). Ein Grundstückskaufvertrag, der dieser gesetzlich vorgeschriebenen Form ermangelt, ist gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig.

Wendet man diese Vorschriften auf den von den Parteien tatsächlich gewollten Kaufvertrag an, so kommt man zu dem Ergebnis, dass nur der Scheinkauf und nicht der gewollte Kaufvertrag beurkundet ist, so dass der von den Parteien gewollte Kaufvertrag nichtig ist (§§ 311b Abs. 1 Satz 1, 125 Satz 1 BGB). Dem lässt sich aber entgegenhalten, dass der von den Parteien gewollte Kaufvertrag sich gemäß § 133 BGB durch Auslegung des beurkundeten Vertragstextes ergibt, so dass man vertreten könnte, es sei eben doch der von den Parteien gewollte Vertrag beurkundet. Dies wird auch in der Tat von der ganz herrschenden Meinung für den **Fall der bloß auf einem Versehen beruhenden unrichtigen Beurkundung eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts** so gesehen. Begründet wird dies für diesen Fall auch damit, dass bei der versehentlichen Falschbeurkundung dem Zweck der Formvorschriften, insbesondere ihrer Warnfunktion (Schutz vor der unüberlegten, übereilten Abgabe einer Willenserklärung mit weitreichenden Folgen), ja durchaus genüge getan sei, so dass die Nichtigkeitsfolge gemäß § 125 Satz 1 BGB nicht angemessen sei. Diese Argumentation könnte man durchaus auch mit guten Gründen auf den Fall der beabsichtigten Falschbeurkundung übertragen. Dennoch tut dies die ganz herrschende Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung nicht und entscheidet demnach die Fälle der absichtlichen und der versehentlichen Falschbeurkundung unterschiedlich. Begründet wird dies damit, dass man

ansonsten die gesetzlichen Formvorschriften trotz ihres zwingenden Charakters zur Disposition der Parteien stellen würde und dass man die absichtliche Falschbeurkundung sanktionieren müsse. Folgt man dieser Auffassung, dann ist der von den Parteien gewollte Kaufvertrag mit dem höheren Kaufpreis nicht beurkundet und gemäß §§ 311b Abs. 1 Satz 1, 125 Satz 1 BGB nichtig. Das Ergebnis der ganz herrschenden Meinung für den Fall des Schwarzkaufes wird oft schlagwortartig in dem Satz zusammen gefasst: „Das von den Parteien gewollte Rechtsgeschäft ist nicht beurkundet, und das beurkundete Rechtsgeschäft ist von den Parteien nicht gewollt“.

Wirksam wird der Schwarzkauf erst mit der Eintragung des Käufers als neuer Eigentümer in das Grundbuch (§ 311b Abs. 1 Satz 2 BGB).

## 2. Irrtumsanfechtung

Bei der Erörterung des Erklärungsbewusstseins und des Geschäftswillens sind uns schon Fälle begegnet, in denen der Erklärende objektiv etwas erklärt hat, obwohl er diese Erklärung so nicht abgeben wollte. Ein solches Auseinanderfallen der Vorstellung des Erklärenden und der Wirklichkeit nennt man Irrtum. Wie wir bereits festgestellt haben, hindert ein solcher Irrtum jedoch nicht das Vorliegen einer wirksamen Willenserklärung: Derjenige, der eine Willenserklärung ohne Erklärungsbewusstsein abgibt und dies nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte hätte erkennen können, wird ebenso an dieser Willenserklärung festgehalten wie derjenige, der eine missverständliche Willenserklärung abgibt, die nach einer Auslegung nach dem Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB einen anderen Bedeutungsgehalt hat als den, den er ihr beilegen wollte. Allerdings legt es der Gedanke der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung nahe, dass sich der Erklärende von einer solchen seinem wahren Willen widersprechenden Willenserklärung nach Ersatz des dem Empfänger entstandenen Vertrauensschadens (§ 122 BGB) auch wieder lösen kann. Dabei hat sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, die Anfechtung nur in bestimmten Fällen zu eröffnen, die in den Anfechtungstatbeständen der §§ 119, 120, und 123 BGB geregelt sind. Es ist somit nicht jede irrumsbehaftete Willenserklärung anfechtbar, sondern nur eine solche, deren Irrtum auch von den Anfechtungstatbeständen erfasst wird.

Dabei hebt das Gesetz gerade in § 119 Abs. 1 BGB darauf ab, ob dem Erklärenden der Irrtum bereits **bei der Willensbildung (Motivirrtum)** oder erst **bei der Umsetzung des fehlerfrei gebildeten Willens** in die konkrete Willenserklärung unterlaufen ist. Nur in letzterem Falle ist eigentlich der Gedanke der

rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung einschlägig. Daher erkennt das Gesetz die Anfechtung bei Irrtümern bei der Willensumsetzung grundsätzlich an, während es die Anfechtung bei Irrtümern bezüglich der Willensbildung grundsätzlich (Ausnahme in § 119 Abs. 2 BGB) nicht zulässt.

Diese gesetzgeberische Wertentscheidung leuchtet ein, wenn man sich einmal die Fallgestaltungen vor Augen hält, bei denen ein Motivirrtum vorliegt: Der Autokäufer, der beim Kauf eines Pkw fest davon ausgeht, dass er nächste Woche die Fahrprüfung bestehen werde und dann doch durchfällt, der Ehemann, der abends auf dem Weihnachtsmarkt einen Weihnachtsbaum ersteht und nicht weiß, dass seine Frau morgens bereits einen gekauft hat, der Student, der für das Date mit seiner Freundin zwei Kinokarten besorgt hat und dann von ihr „versetzt“ wird etc. Wollte man in all diesen Fällen des Motivirrtums, in denen der Erklärende sich über einen künftigen Geschehensablauf geirrt hat, die Irrtumsanfechtung zulassen, dann würde der Rechtsverkehr einer unerträglichen Unsicherheit ausgesetzt, da dann nahezu jedes Geschäft mit dem Risiko der Anfechtung belastet wäre.

Einen Sonderfall des unbeachtlichen Motivirrtums stellt der „Rechtsfolgenirrtum“ dar, bei dem sich der Erklärende über die Rechtsfolgen der von ihm abgegebenen Willenserklärung irrt. Ein Beispiel für einen solchen unbeachtlichen **Rechtsfolgenirrtum** wäre, dass ein Käufer beim Kauf eines Pkw davon ausgeht, die Gewährleistungsfrist betrage fünf Jahre, während sie tatsächlich gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB nur zwei Jahre beträgt.

#### *a. Inhalts- und Erklärungsirrtum*

Der Gesetzgeber hat sich in § 119 Abs. 1 BGB darauf beschränkt, die Anfechtung in den Fällen zu eröffnen, in denen dem Erklärenden der Irrtum bei der Willensumsetzung unterläuft. Dabei unterscheidet das Gesetz den Fall, dass jemand „bei Abgabe einer Willenserklärung, über deren Inhalt im Irrtum war“ (§ 119 Abs. 1 Fall 1, „**Inhaltsirrtum**“) von dem, dass jemand „eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte“ (§ 119 Abs. 1 Fall 2, „**Erklärungsirrtum**“). Ein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn der Erklärende etwas erklärt, was er so nicht erklären wollte, weil er sich verschreibt, verspricht oder vergreift. Bei dem Begriff Erklärungsirrtum ist allerdings Vorsicht geboten. Manche Autoren lehnen diesen Begriff zur Kennzeichnung der Fälle des § 119 Abs. 1 Fall 2 völlig ab und bevorzugen statt dessen die Begriffe „**Irrung**“ oder „**Abirrung**“. Den Begriff „Erklärungsirrtum“ verwenden sie dann statt dessen als Oberbegriff für Inhaltsirrtum und Irrung.

Ein Inhaltsirrtum liegt vor, wenn der Erklärende genau das erklärt, was er erklären will, sich aber dabei über den Sinn und die Bedeutung seiner Erklärung irrt. Ein Inhaltsirrtum kommt z.B. dann in Betracht, wenn jemand Willenserklärungen in einer Fremdsprache abgibt, die er nur unzureichend beherrscht und dabei Worte vertauscht oder wenn jemand in seiner eigenen Sprache Fachbegriffe oder Fremdwörter benutzt und sich über ihren Sinn irrt.

**Beispiel:** Herr A ist ein wenig geizig und möchte daher in seinem Urlaub ein kleines, preiswertes Zimmer buchen. Als er im Hotel sein Zimmer bestellt, wird er gefragt, ob er eine Suite nehmen wolle. Da Herr K meint, das sei eine etwas vornehmere Bezeichnung für die billigeren Zimmer des Hotels, bejaht er die Frage, ohne zu zögern.

Ein typischer Fall des Inhaltsirrtums ist die Annahme eines Angebots, das man falsch verstanden hat. Man will „Ich nehme an!“ sagen und sagt es auch (deshalb liegt kein Erklärungsirrtum vor). Man glaubt aber, die Annahme zu einem anders lautenden Angebot abgegeben zu haben. Das ist ein Irrtum über den Inhalt der eigenen Annahmeerklärung.

Ein Unterfall des Inhaltsirrtums ist der so genannte „**Identitätsirrtum**“. Von einem Identitätsirrtum spricht man, wenn sich eine Erklärung ihrem objektiven Erklärungsgehalt nach auf eine andere Person (error in persona) oder Sache (error in objecto) bezieht, als der Erklärende meint. Ein typisches Beispiel hierfür ist, dass jemand einen bestimmten ihm persönlich bekannten Handwerksmeister beauftragen will, daraufhin im Telefonbuch auf dessen Namensvetter stößt, der das gleiche Handwerk betreibt, und schließlich der Büroangestellten des vermeintlich von ihm gewünschten Handwerkers den Auftrag erteilt.

### *b. Kalkulationsirrtum*

Wie die vorangehenden Beispiele zeigen, sind Inhalts- und Erklärungsirrtum leicht zu erkennen und bereiten daher in der Regel auch keine größeren juristischen Probleme. Daher wollen wir uns im Folgenden einer Fallgruppe zuwenden, die regelmäßig im Zusammenhang mit § 119 Abs. 1 BGB diskutiert wird und juristisch interessanter ist: dem „**Kalkulationsirrtum**“.

Liegt einer Willenserklärung eine fehlerhafte Berechnung (z.B. des Kaufpreises) zu Grunde, dann spricht man vom Vorliegen eines Kalkulationsirrtums. Kennzeichnend für den Kalkulationsirrtum ist demnach, dass sich der „Fehler“ nicht bei der Umsetzung eines zuvor fehlerfrei gebildeten Willens einschleicht (Verkäufer vertippt sich beim Aufsetzen des Kaufvertrages mit der

Schreibmaschine), sondern dass er schon im Vorfeld der Erklärungshandlung bei der Willensbildung erfolgt (Verkäufer vertippt sich beim Berechnen des Kaufpreises mit dem Taschenrechner). Demnach handelt es sich beim Kalkulationsirrtum grundsätzlich um einen unbeachtlichen Motivirrtum, der nicht zur Anfechtung berechtigt. Doch gibt es Ausnahmen.

Hinsichtlich der rechtlichen Folgen eines Kalkulationsirrtums unterscheidet man danach, ob der Irrende dem Erklärungsempfänger die Berechnungsgrundlage offen gelegt hat, so dass er die Berechnung mit- und nachvollziehen konnte (**offener Kalkulationsirrtum**) oder ob er dies nicht getan hat (**verdeckter oder interner Kalkulationsirrtum**). Beim verdeckten Kalkulationsirrtum ist dem Erklärenden gemäß den vorstehenden Erörterungen ein Irrtum bei der Willensbildung im Vorfeld der Erklärungshandlung unterlaufen. Ein solcher Motivirrtum berechtigt nicht zur Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB. Der verdeckte Kalkulationsirrtum geht also einseitig zu Lasten des Erklärenden.

Beim offenen Kalkulationsirrtum jedoch liegen die Dinge schwieriger. Hier sind keine allgemeinen Lösungen möglich, vielmehr kommt es immer auf die Umstände des Einzelfalles an. So kann es beim offenen Kalkulationsirrtum in Betracht kommen, dass die Parteien die Berechnungsgrundlage zum Vertragsinhalt gemacht haben. In diesem Falle ist der Rechenfehler durch Auslegung korrigierbar, wenn dies mit Hilfe der Berechnungsgrundlage möglich ist. Andererseits kann auch die Vertragsauslegung ergeben, dass der Verkäufer die Berechnungsgrundlage lediglich aus Transparenzgründen offen gelegt hat, ohne dass es dem Käufer in irgendeiner Weise darauf ankam, da dieser den Vertragsabschluss alleine von dem Endpreis abhängig machen wollte. Dann kann man gemäß §§ 133, 157 nicht davon ausgehen, dass die Parteien die Berechnungsgrundlage zum Vertragsinhalt erhoben haben. Daher ist dieser Fall dann ebenso wie der verdeckte Kalkulationsirrtum zu behandeln, d.h. dass der Rechenfehler einseitig zu Lasten des Erklärenden geht. Schließlich kann es auch in Betracht kommen, dass sich die Parteien gemeinsam über eine Berechnungsgrundlage verständigt haben (z.B. Börsenkurs einer Aktie), ohne diese zum Vertragsinhalt zu machen, und bei der Heranziehung derselben gemeinsam einem Irrtum unterliegen. Diese Fallgestaltung, die durch den gemeinsamen Irrtum der Parteien gekennzeichnet ist, wird kontrovers diskutiert, im Ergebnis aber ganz überwiegend mit Hilfe der **Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage** gelöst, auf die wir noch näher eingehen werden.

Diese Abgrenzungsschwierigkeiten beim verdeckten Kalkulationsirrtum sollen abschließend noch einmal an dem berühmten „**Rubel-Fall**“ des Reichsgerichts (RGZ 105, 406) veranschaulicht werden:

A gewährte dem ehemaligen deutschen Kriegsgefangenen B im Jahre 1920 in Moskau ein Darlehen über 30.000 Rubel, das in Reichsmark zurückbezahlt werden sollte. Dabei vereinbarten sie, dass B dem A 7500 Reichsmark zahlen sollte, wobei sie als allgemein gültigen Umrechnungskurs 25 Pfennig pro Rubel zugrunde legten, obwohl der Rubel in Wahrheit zu einem Preis von einem Pfennig gehandelt wurde. Schuldet der B dem A wirklich 7500 Reichsmark aus Darlehen?

Bei diesem Fall handelt es sich eindeutig um die Konstellation des offenen Kalkulationsirrtums, da der Rechenfehler nicht einseitig einer Partei unterlaufen ist, sondern auf einer Berechnungsgrundlage beruhte, die beiden Parteien bekannt war. Fraglich ist nur, ob man die Parteien an ihrer ausdrücklichen Erklärung „7500 Reichsmark“ festhalten kann oder ob die Erklärung nicht von vorneherein gemäß §§ 133, 157 BGB so auszulegen ist, dass der wahre Umrechnungskurs vereinbart ist. Für letzteres spricht, dass beide Parteien fest davon ausgingen, dass die Darlehenssumme zu dem zur Zeit geltenden Umrechnungskurs zurückgezahlt werden sollte. Da es keinem von ihnen zum Zeitpunkt der Erklärung entscheidend auf den konkreten Kurs von 25 Pfennig pro Rubel ankam, haben sie den bei Vertragsschluss geltenden Kurswert als Berechnungsgrundlage vereinbart. Nur weil sie davon ausgingen, diesen Kurswert sicher zu kennen, haben sie schon gleich die Umrechnung vorgenommen. Sie hatte eher nur klarstellenden Charakter, d.h. die Parteien hätten sie auch unterlassen, wenn ihnen klar gewesen wäre, dass sie den genauen Wert nicht kennen.

In diesem Fall kann man das Problem also schon auf der Ebene der Auslegung klären, so dass überhaupt kein Irrtum vorliegt und sich das Problem der Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB erst gar nicht stellt.

In einer Entscheidung vom 7. Juli 1998 (Aktenzeichen: X ZR 17/97, BGHZ 138, 177) hat sich der Bundesgerichtshof grundlegend mit der Anfechtung wegen Kalkulationsirrtums auseinandergesetzt und sich gegen eine Erweiterung der Anfechtungsmöglichkeiten ausgesprochen.

### *c. Die Einschaltung von Boten*

Bei der Übermittlung einer Willenserklärung können sowohl auf Seiten des Erklärenden wie auf Seiten des Empfängers „Hilfspersonen“ eingesetzt werden. Daher stellt sich konsequenterweise die Frage, was geschieht, wenn sich eine solche Hilfsperson verspricht, verschreibt oder wenn sie auch nur aus

Nachlässigkeit die übermittelte Erklärung unrichtig wiedergibt. Unterläuft dem **Erklärungsboten** ein Fehler dieser Art, so ergibt sich aus der Verteilung des Zugangsrisikos, dass der Fehler zu Lasten des Erklärenden geht, d.h. dass dieser die Erklärung so gegen sich gelten lassen muss, wie sie dem Empfänger zugegangen ist. Beauftragt also der Vater seinen Sohn damit, für den nächsten Tag in der Bäckerei einen Kirschkuchen zu bestellen, bestellt dieser jedoch, da er sich an den Auftrag nicht mehr genau erinnern kann, versehentlich einen Apfelkuchen, dann muss der Vater das Angebot „Apfelkuchen“ gegen sich gelten lassen. Allerdings kann er nach § 120 BGB anfechten, da diese Vorschrift die unrichtig übermittelte Erklärung dem Erklärungsirrtum (§ 119 Abs. 1 Fall 2 BGB) gleichstellt. Dies ist auch folgerichtig, gibt doch der Erklärungsbote anders als ein Stellvertreter keine eigene Willenserklärung ab, sondern übermittelt nur als „verlängerter Arm des Erklärenden“ dessen Willenserklärung als fremde Willenserklärung. Ein Fehler, der bei diesem Übermittlungsvorgang auftritt, ist demnach noch der Erklärungshandlung im weiteren Sinne zuzuordnen.

Tritt dagegen der Fehler beim **Empfangsboten** auf, dann verlagert sich das Zugangsrisiko auf den Erklärungsempfänger. Eine dem Empfangsboten fehlerfrei zugegangene Willenserklärung des Erklärenden, die dieser sodann dem Empfänger unrichtig überbringt, muss der Erklärungsempfänger somit in dem vom Erklärenden gewollten Sinne gegen sich gelten lassen. Teilt in dem obigen Beispiel etwa der Sohn der Frau des Bäckers den Auftrag seines Vaters (Kirschkuchen) fehlerfrei und verständlich mit und gibt sie nun versehentlich den Auftrag „Apfelkuchen“ an ihren Mann weiter, dann geht dieser Übermittlungsfehler der Empfangsbotin zu Lasten des Bäckers. Da dann trotz des Übermittlungsfehlers dem Willen des Erklärenden voll Rechnung getragen werden kann, stellt sich das Problem einer Anfechtung durch den Erklärenden erst gar nicht. Auf von Empfangsboten verursachte Übermittlungsfehler ist § 120 BGB demnach nicht anwendbar. In diesen Fällen kommt allerdings eine Anfechtung der Erklärung des Erklärungsempfängers nach § 119 Abs. 1 Fall 1 (Inhaltsirrtum) in Betracht.

Problematisch ist jedoch, ob § 120 auch dann eingreift, wenn der Erklärungsbote die Erklärung **bewusst falsch übermittelt** („Pseudobote“), wenn also etwa in unserem Beispielfall der Sohn bewusst Apfelkuchen bestellt, weil er seinem Vater einen Streich spielen will. Ganz überwiegend wird für diesen Fall das Vorliegen einer „Übermittlung“ einer fremden Willenserklärung im Sinne des § 120 BGB verneint: Der Bote überbringe dann nicht mehr die Erklärung des Erklärenden, sondern vielmehr eine eigene, die nur den Anschein einer fremden Erklärung habe. Dieser Fall sei dem Fall eines ohne Vollmacht handelnden Vertreters strukturell und von der Interessenlage her so ähnlich gelagert, dass die dafür im BGB vorgesehenen Vorschriften (§§ 177 bis 180 BGB) analog anzuwenden seien. Das



bedeutet, dass die von dem Boten abgegebene Erklärung als Erklärung des Erklärenden bis zur Genehmigung durch den Erklärenden analog § 177 I BGB unwirksam (**sogenannte „schwebende Unwirksamkeit“**) ist und dass der Bote dem Erklärungsempfänger bei Verweigerung der Genehmigung analog § 179 BGB nach dessen Wahl auf Erfüllung oder Schadensersatz haftet.

Allerdings ist diese Lösung des Problems der bewussten Falschübermittlung einer Willenserklärung durch den Erklärungsboten („Pseudobote“) keineswegs unumstritten. So wird von einer Gegenansicht geltend gemacht, dass aus der Sicht der Interessen des Erklärungsempfängers kein wesentlicher Unterschied zwischen der bewussten und der unbewussten Falschübermittlung bestünde. Dabei spricht in der Tat insbesondere der beim Einsatz von Erklärungsboten so wichtige Gedanke der Risikoverteilung dafür, den Erklärenden auch an eine bewusst falsch übermittelte Erklärung zu binden: Immerhin hat derjenige, der einen Erklärungsboten beauftragt, sich diesen vorher ausgesucht und will sich überdies auch die Vorteile dieser Arbeitsteilung zunutze machen. Er steht daher dem Risiko, das er mit der Auswahl und Beauftragung des Erklärungsboten selbst gesetzt hat, deutlich näher als der Erklärungsempfänger, der mit dem Erklärungsboten eigentlich nichts zu tun hat. Spricht dann nicht vieles dafür, dem Erklärenden die vom Boten bewusst falsch übermittelte Willenserklärung als eigene Willenserklärung zuzurechnen? Oder soll man dem Erklärenden, wenn man mit Rücksicht auf den Grundsatz der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung so weit nicht gehen will, nicht zumindest analog § 122 BGB zum Ersatz des dem Erklärungsempfänger entstandenen Vertrauensschadens verpflichten?

Sowohl einer Zurechnung der vom Boten bewusst falsch übermittelten Erklärung als auch einer Haftung analog § 122 BGB steht jedoch entgegen, dass es keineswegs zwingend ist, dem Erklärenden das Risiko der bewussten Falschübermittlung zuzurechnen. Zwar ist es richtig, dass der Erklärende im Ergebnis die Falschübermittlung kausal verursacht hat, doch hat er damit dem Boten lediglich einen Anlass zur Falschübermittlung gegeben, der unter Zurechnungsgesichtspunkten irrelevant erscheint: Die „Übermittlung“ einer eigenen Willenserklärung des Boten ist gerade keine Folge der Arbeitsteilung mehr, sondern unterscheidet sich im Grunde genommen durch nichts von dem Fall, dass der „Bote“ ohne jeden Auftrag des Erklärenden eine angebliche Erklärung desselben überbringt. Der Zurechnung einer solchen Erklärung steht dann entgegen, dass sie in keiner Hinsicht mehr auf dem Willen des Erklärenden, sondern vielmehr allein auf dem selbständigen Entschluss des Boten beruht. Es geht aber zu weit, den Erklärenden auch für eigene Willensentschlüsse seines Boten haften zu lassen, denn mit der bewussten Falschübermittlung verwirklicht sich aus der Sicht des Erklärungsempfängers nicht das vom Erklärenden

geschaffene Übermittlungsrisiko, sondern ein allgemeines Lebensrisiko. Da die vom Boten bewusst falsch übermittelte Willenserklärung dem Erklärenden somit nicht als eigene Willenserklärung zugerechnet werden kann, stellt sich somit die Frage einer Anfechtung dieser Erklärung nach § 120 BGB nicht. § 120 BGB ist somit auf den Fall des „Pseudoboten“ nicht anwendbar.

#### *d. Kausalzusammenhang*

Bis jetzt haben wir mit dem Inhaltsirrtum (§ 119 Abs. 1 Fall 1 BGB), dem Erklärungsirrtum (§ 119 Abs. 1 Fall 2 BGB) und dem Fall der Anfechtbarkeit wegen unrichtiger Übermittlung durch den Erklärungsboten (§ 120 BGB) Gründe kennen gelernt, bei denen der Gesetzgeber grundsätzlich die Anfechtung zulässt (Anfechtungsgründe). Das Vorliegen eines solchen Anfechtungsgrundes alleine reicht jedoch nach §§ 119, 120 BGB für die Anfechtbarkeit einer Willenserklärung nicht aus. Hinzukommen muss immer noch, „dass anzunehmen ist, dass er (der Erklärende) sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde“. Damit verlangt das Gesetz für die Anfechtbarkeit das Vorliegen eines Kausalzusammenhanges zwischen Irrtum und Abgabe der Willenserklärung.

Liest man den Text des § 119 Abs. 1 BGB genau, so setzt diese Vorschrift im Hinblick auf die Kausalität eine zweifache Prüfung voraus: Dabei muss man zunächst prüfen, ob der Irrtum tatsächlich für die Abgabe der irrumsbehafteten Willenserklärung kausal war (**subjektive Erheblichkeit** des Irrtums) und dann in einem zweiten Schritt untersuchen, ob der Erklärende sie auch „bei verständiger Würdigung des Falles“ nicht abgegeben hätte (**objektive Erheblichkeit** des Irrtums). An der subjektiven Erheblichkeit des Irrtums fehlt es, wenn sich der Irrtum, auf einen Umstand bezog, der dem Erklärenden eigentlich egal ist oder wenn die fehlerhafte Erklärung dem Willen des Erklärenden ebenso gut Rechnung trägt. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn A in einem Hotel das ihm von einem Freund wegen des Meerblicks und der komfortablen Ausstattung empfohlene Zimmer 12 bestellen will und versehentlich das Zimmer 21 bestellt, wobei sich bei Aufklärung des Irrtums herausstellt, dass auch Zimmer 21 über einen gleichwertigen Meerblick verfügt und dass beide Zimmer identisch ausgestattet sind. Bei der Prüfung der objektiven Erheblichkeit ist dagegen ein normativer, vom individuellen Willen losgelöster Maßstab anzulegen. Es soll dabei darauf abgestellt werden, ob der Irrende seine Erklärung bei Kenntnis des Irrtums auch dann unterlassen hätte, wenn er, wie es das Reichsgericht einmal formuliert hat, „frei von Eigensinn, subjektiven Launen und törichten Anschauungen“ geurteilt hätte. Demnach wäre in dem obigen Zimmerbeispiel die Anfechtung dann ausgeschlossen, wenn Herr A erklärt, er verbinde mit der Zahl 21 unangenehme Erinnerungen, da seine Ex-Frau

am 21. September Geburtstag habe, und daher hätte er nie und nimmer ein Zimmer Nr. 21 gebucht.

*e. Eigenschaftsirrtum*

Nach § 119 Abs. 2 BGB gilt als Irrtum über den Inhalt der Erklärung auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Sowohl die dogmatische Einordnung als auch die Auslegung dieser Vorschrift sind in Rechtsprechung und Lehre außerordentlich umstritten. Zur Einordnung und zum besseren Verständnis dieser Auseinandersetzung eignet sich folgender Fall, der nahezu in jedem Lehrbuch angeführt wird:

Herr A sieht sich bei einem Juwelier um, da er seiner Frau einen goldenen Ring kaufen möchte. Nach ausgiebiger Suche zeigt er schließlich auf einen bestimmten Ring, den er ohne Weiteres für golden hält und erklärt der Verkäuferin: „Den möchte ich kaufen“. Später stellt sich heraus, dass der Ring nur vergoldet ist. Kann Herr A nach § 119 Abs. 2 BGB anfechten?

Subsumiert man Schritt für Schritt unter die Tatbestandsmerkmale des § 119 Abs. 2 BGB, dann stellt sich zunächst die Frage, ob man es sich bei dem Ring um eine „Sache“ im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB handelt. Liest man die Legaldefinition zur Sache in § 90 BGB, dann scheint dies außer Frage zu stehen, denn selbstverständlich ist der Ring ein körperlicher Gegenstand. Dennoch wird der Begriff der „Sache“ in § 119 Abs. 2 BGB nach allgemeiner Ansicht abweichend von der Legaldefinition des § 90 BGB ausgelegt. In umfassender Abgrenzung zum Tatbestandsmerkmal „Person“ versteht man unter „Sache“ jeden Geschäftsgegenstand, also etwa auch Rechte. Daher besteht z.B. ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 BGB, wenn sich jemand über die Eigenschaft einer gekauften Forderung irrt. Da der Sachbegriff des § 119 Abs. 2 BGB demnach weiter ist als der des § 90 BGB fällt der Ring unproblematisch auch unter § 119 Abs. 2 BGB.

Des Weiteren muss der Irrtum des A sich auf eine „Eigenschaft“ des Ringes beziehen. Unter Eigenschaften versteht man alle **gegenwärtigen, wertbildenden Faktoren**. Dazu gehören nicht nur die auf der natürlich-tatsächlichen Beschaffenheit beruhenden Merkmale. Vielmehr sind Eigenschaften auch alle rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen der Person oder der Sache zur Umwelt, die nach der Verkehrsanschauung Einfluss auf die Wertschätzung der Person oder auf den Wert der Sache haben. Allerdings müssen diese tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse in der Sache selbst ihren Grund haben, von ihr ausgehen

und den Gegenstand kennzeichnen oder zumindest näher beschreiben. Darüber hinaus müssen sich diese Umstände aber nach der Rechtsprechung auch noch **unmittelbar** auf die Bewertung auswirken. Dabei ist wichtig, dass diese Merkmale von gewisser Dauer sind. Somit sind etwa Alter, Geschlecht, Nationalität, Fremdsprachenkenntnisse oder Kreditwürdigkeit Eigenschaften einer Person im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. Geht ein Arbeitgeber dagegen beim Abschluss eines Arbeitsvertrages irrig davon aus, dass eine Frau nicht schwanger ist, dann hat er sich nicht über einen tatsächlichen dauerhaften, sondern über einen nur vorübergehenden Umstand geirrt. Er kann dann also nicht nach § 119 Abs. 2 BGB anfechten.

Beispiele für Sacheigenschaften sind die Echtheit eines Gemäldes, die Lage und die Bebaubarkeit eines Grundstücks oder das Alter eines Kraftfahrzeuges. Wenn man unter Eigenschaften alle gegenwärtigen Wert bildenden Faktoren versteht, dann ist folgerichtig **der Preis**, also der Wert der Sache selbst, als Summe aller Wert bildenden Faktoren keine Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. Daher kann niemand, der eine Sache kauft und später in einem anderen Geschäft das gleiche Produkt zu einem günstigeren Preis erwerben könnte, den ersten Kaufvertrag mit der Begründung anfechten, er habe die Verhältnisse am Markt falsch eingeschätzt und sich über den Wert der Kaufsache geirrt. Das Risiko, sich über die Marktverhältnisse zu irren, muss in der Marktwirtschaft jeder grundsätzlich selbst tragen.

Legt man diesen Eigenschaftsbegriff zu Grunde, dann handelt es sich bei dem Stoff, aus dem der Ring besteht, um ein gegenwärtiges Wert bildendes Merkmal, das an die natürliche Beschaffenheit des Ringes anknüpft und sich auf dessen Bewertung unmittelbar auswirkt. Die bloße Vergoldung ist somit eine Eigenschaft des Ringes.

Entscheidend für die Lösung des Falles ist nun, ob es sich bei dieser Eigenschaft auch um eine „**verkehrswesentliche**“ **Eigenschaft** handelt. Was man unter dem Tatbestandsmerkmal „verkehrswesentlich“ zu verstehen hat, ist außerordentlich umstritten. Dieser Streit hängt auch eng mit der dogmatischen Einordnung des Eigenschaftsirrturns zusammen. Nach der ganz herrschenden Meinung handelt es sich bei § 119 Abs. 2 BGB um einen gesetzlich geregelten Ausnahmefall zur Regel von der generellen Unbeachtlichkeit des **Motivirrtums**. Dies lasse sich bereits aus dem Wortlaut des § 119 Abs. 2 ableiten, wonach der Eigenschaftsirrturn als „Irrturn über den Inhalt der Erklärung gilt“. Diese Formulierung belege, dass es sich nicht um einen Inhaltsirrturn handle, sondern um einen Motivirrtum, der lediglich in seinen Rechtsfolgen dem Inhaltsirrturn gleichgestellt werde. Wenn es sich aber beim Eigenschaftsirrturn lediglich um einen Irrturn bei der Willensbildung handle,

dann ist es für die Verkehrswesentlichkeit nicht entscheidend, ob der Erklärende seine Motive in irgendeiner Weise zum Ausdruck gebracht hat oder nicht. Auch der Irrtum über unausgesprochene Motive führt dann zur Anfechtbarkeit, wenn sich diese Motive nur auf verkehrswesentliche Eigenschaften bezogen haben. Demnach muss die Verkehrswesentlichkeit unabhängig von den Erklärungen der Parteien, rein objektiv bestimmt werden. Für den vorliegenden Ringkauf bedeutet dies, dass die unausgesprochene Annahme des A, einen goldenen Ring zu kaufen, diesen zur Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB berechtigt, da die Tatsache, ob ein Ring golden oder nur vergoldet ist, beim Kauf von Schmuck im allgemeinen von ganz erheblicher Bedeutung ist.

Nach einer anderen Auffassung handelt es sich beim Eigenschaftsirrtum nicht um einen Motivirrtum, sondern um einen **Inhaltsirrtum**. Demnach ist es dem Erklärenden nicht gelungen, seinen Geschäftswillen zum Ausdruck zu bringen. Auf unser Beispiel vom Ringkauf übertragen bedeutet dies, dass der Käufer dadurch, dass er auf den konkreten Ring gezeigt und erklärt hat, diesen kaufen zu wollen, ein wirksames Kaufangebot über den vergoldeten Ring abgegeben hat, obwohl sein Geschäftswillen auf den Kauf eines goldenen Ringes gerichtet war. Auch nach dieser Auffassung kommt es nicht darauf an, ob der Erklärende seine Vorstellungen über die Eigenschaft der Sache zuvor in irgendeiner Weise geäußert hat - entscheidend ist allein, ob sich der von der Erklärung abweichende Geschäftswille auf eine objektiv verkehrswesentliche Eigenschaft bezogen hat. Dies haben wir hinsichtlich des vergoldeten Ringes bereits bejaht.

Die Ansicht, die den Eigenschaftsirrtum als Inhaltsirrtum einordnet, ist aber dogmatisch zu Recht unter Beschuss geraten, da sie den Erklärungs begriff überstrapaziert: Dadurch, dass Herr A auf den vergoldeten Ring gezeigt hat, ohne sich über die von ihm gewünschte Eigenschaft zu äußern, hat er keinerlei Aussage über die Eigenschaften des Rings gemacht. Er kann sich daher auch nicht im Irrtum über den Aussagegehalt seiner Erklärung bezüglich der Eigenschaften befinden, denn er weiß, dass er insoweit nichts erklärt hat. Die Auffassung, die in § 119 Abs. 2 BGB einen gesetzlich geregelten Sonderfall des Inhaltsirrtums sieht, ist daher dogmatisch fragwürdig.

Eine vorwiegend von Flume vertretene Ansicht hält schließlich sowohl die Einordnung des § 119 Abs. 2 BGB als Motivirrtum als auch die Einordnung als Inhaltsirrtum für verfehlt. Es handelt sich dieser Meinung nach vielmehr um einen Fall des Irrtums über eine nach dem Rechtsgeschäft vorausgesetzte Sollbeschaffenheit (**Lehre vom geschäftlichen Eigenschaftsirrtum**). Diese dogmatische Klassifizierung des Eigenschaftsirrtums jenseits der herrschenden Meinung hat denn auch erhebliche Auswirkungen auf die Auslegung des

Merkmals der Verkehrswesentlichkeit. Demnach ist nur verkehrswesentlich, was „**vertragswesentlich**“ oder allgemeiner gesagt „**geschäftswesentlich**“ ist, was also für das Rechtsgeschäft als wesentlich anzusehen ist. Was geschäftswesentlich ist, beurteilt sich dabei nicht alleine nach den ausdrücklichen Vereinbarungen der Parteien, sondern nach allen für die Vertragsauslegung bedeutsamen Umständen, insbesondere also auch danach, was regelmäßig von den Parteien erwartet und daher von ihnen auch konkludent vereinbart wird. Da A keinerlei Aussagen über seine Vorstellungen bezüglich des Ringes getroffen hat, könnte sich die Vertragswesentlichkeit der von A irrig vorgestellten Eigenschaft somit nur noch aus den Umständen des Einzelfalles ergeben. Das wäre etwa dann anzunehmen, wenn der Ring zu einem derart hohen Preis angeboten worden wäre, dass man redlicherweise davon ausgehen musste, dass der Ring nicht nur vergoldet ist, oder aber wenn die Verkäuferin in dem dem Verkauf vorausgehenden Gespräch erzählt hat, dass in dem Geschäft keine vergoldeten Waren verkauft würden, so dass eine Nachfrage des A einer bloßen Förmelerei gleichgekommen wäre. Da jedoch in unserem Fall solche besonderen Umstände des Einzelfalles nicht vorliegen, kann man nicht davon ausgehen, dass sich der Verkäuferin und A in unserem Beispielfall darüber geeinigt haben, dass der Ring golden sein solle. Somit kommt nach der Lehre vom geschäftlichen Eigenschaftsirrturn eine Anfechtung des Herrn A nach § 119 Abs. 2 BGB nicht in Betracht.

Die Rechtsprechung hat zu diesem Streit noch nicht grundlegend Stellung genommen. Sie hat vielmehr lange Zeit mehr im Sinne der herrschenden Meinung danach gefragt, ob eine Eigenschaft unmittelbaren Einfluss auf die Bewertung einer Sache habe (Kriterium der **Unmittelbarkeit**) und typischerweise mit dieser Sache verbunden werde (Kriterium der **Typizität**). Untypische Eigenschaften, die nur mittelbar für die Bewertung einer Sache ausschlaggebend seien, waren danach nur dann verkehrswesentlich, wenn die Parteien sie vereinbart hatten. In neueren Entscheidungen stellt der BGH jedoch mehr im Sinne der Lehre vom geschäftlichen Eigenschaftsirrturn darauf ab, ob die Eigenschaften vom Erklärenden erkennbar dem Vertrag zugrunde gelegt worden sind, ohne dass er sie geradezu zum Inhalt seiner Erklärung gemacht haben muss. Legt man letzteres hier zu Grunde, so kann man die Verkehrswesentlichkeit der Eigenschaft „Gold“ in unserem Beispiel auch nach der Rechtsprechung verneinen. Aber auch wenn man nach Typizität und Unmittelbarkeit fragt, wird man nicht sagen können, dass ein Ring (ohne nähere Bezugnahme auf Umstände des Einzelfalles wie Preis etc.) typischerweise nicht aus Gold besteht.

Untersucht man die Argumente, die für die unterschiedlichen Auffassungen angeführt werden, dann fällt auf, dass es jenseits der dogmatischen Einordnung des § 119 Abs. 2 BGB als Motivirrturn oder als Irrturn über die Sollbeschaffenheit, im

Wesentlichen darum geht, ob man aus Gründen des **Verkehrsschutzes** den Anwendungsbereich des Eigenschaftsirrturns einschränken soll oder nicht. Für eine solche Einschränkung und damit für die Lehre vom geschäftlichen Eigenschaftsirrturn spricht, dass sie zu mehr Sicherheit für den Rechtsverkehr führt, da sie es vermeidet, dass man die Anfechtung eines Rechtsgeschäftes auf unausgesprochene Vorstellungen stützen kann. Der Empfänger einer Willenserklärung soll davor geschützt werden, dass der Erklärende die Anfechtung später auf Umstände stützen kann, die für ihn gar nicht erkennbar waren. Damit wird auch dem Prinzip der Privatautonomie Rechnung getragen, da es für die Anfechtung nur auf solche Umstände ankommt, die die Parteien selbst für wichtig gehalten haben. Diesen eher rechtspolitischen Argumenten ist jedoch entgegen worden, dass sie den Wortlaut des § 119 Abs. 2 BGB beiseite schoben, der gerade von „Verkehrswesentlichkeit“ spricht und damit nicht auf den Parteiwillen, sondern mehr auf objektive Umstände abstellt. Hinzu kommt, dass der **Vertrauensschutz** durch einen weiteren Anwendungsbereich des § 119 Abs. 2 BGB keineswegs unerträglich vernachlässigt wird, da dem Anfechtungsgegner ja durch § 122 BGB in jedem Falle der Vertrauensschaden ersetzt wird. Im übrigen führt die Deutung des § 119 Abs. 2 BGB als ein Irrtum über die Sollbeschaffenheit wegen der vielen vorrangigen Gewährleistungsregeln des Besonderen Teils, die in ihrem Anwendungsbereich § 119 Abs. 2 BGB verdrängen, entgegen der Absicht des Gesetzgebers dazu, dass § 119 Abs. 2 BGB kaum noch zur Anwendung kommt. Schließlich wird gegen die Lehre vom geschäftlichen Eigenschaftsirrturn eingewandt, dass sie dogmatisch nicht überzeugen könne, da sie § 119 Abs. 2 BGB nicht gerecht werde, der einen **Irrtum** und nicht den Fall regelt, dass ein auf „willensmängelfreien“ Erklärungen beruhender Vertrag nicht durchgeführt werden kann, da Rechtsgeschäft und Willenserklärung nicht übereinstimmen: Damit wird eine Regelung der Irrtumsanfechtung in eine Regelung über Leistungsstörungen umgedeutet. Insgesamt sprechen daher die besseren Argumente dafür, die Verkehrswesentlichkeit objektiv zu verstehen und damit unabhängig von den Vereinbarungen der Parteien aus der Sicht der Kreise, denen Erklärender und Erklärungsempfänger angehören, zu beurteilen.

Folgt man mit obiger Begründung der herrschenden Meinung, die den Begriff der Verkehrswesentlichkeit objektiv versteht, dann hätte sich Herr A in unserem Beispielfall bei der Abgabe seines Kaufangebotes über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Kaufgegenstandes geirrt. Das alleine würde jedoch noch nicht für eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB ausreichen, denn durch die Verweisung auf den Inhaltsirrturn wird sichergestellt, dass auch beim Eigenschaftsirrturn das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes alleine nicht ausreicht. Vielmehr muss auch hier der Irrtum subjektiv und objektiv erheblich sein. Da jedoch Herr A das Kaufangebot nie abgegeben hätte, wenn er gewusst hätte, dass der Ring nur

vergollet ist und dies auch nicht als eigensinnig und launenhaft zu bewerten wäre, war sein Irrtum für die Abgabe seines Angebotes **subjektiv und objektiv erheblich**. Damit könnte Herr A sein Angebot gestützt auf § 119 Abs. 2 BGB anfechten.

*f. Verdrängung des § 119 Abs. 2 BGB durch spezielle Vorschriften des Besonderen Schuldrechts*

Allerdings kann die Anfechtung selbst dann, wenn die Voraussetzungen des § 119 Abs. 2 BGB erfüllt sind, durch vorrangige Regelungen des Besonderen Schuldrechts ausgeschlossen sein.

Besonders wichtig ist hierbei das **Verhältnis des § 119 Abs. 2 BGB zu den kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften** der §§ 434 ff. BGB: Würde man beim Kaufvertrag nach Gefahrübergang (in erster Linie: Übergabe der verkauften Sache oder nach Eintragung des verkauften Grundstücks im Grundbuch (§ 446 BGB)) die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB unbeschränkt zulassen, dann könnten dadurch die speziellen Vorschriften über die Sachmängelgewährleistung (§§ 434 ff. BGB) ausgehebelt werden. Das würde etwa bedeuten, dass die Verjährungsfristen des § 438 BGB unterlaufen werden könnten. Des Weiteren könnte § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB umgangen werden, der die Haftung des Verkäufers für Sachmängel bei grober Fahrlässigkeit auf Seiten des Käufers regelmäßig ausschließt. Vor allem aber könnte sich der Käufer ohne Weiteres vom Verträge lösen, während das Sachmängelrecht die Lösungsmöglichkeit (durch Rücktritt) an das Scheitern des vorrangig gegebenen Nacherfüllungsanspruchs knüpft. Daher wird § 119 Abs. 2 BGB nach allgemeiner Ansicht beim Vorliegen eines Sachmangels im Sinne des § 434 BGB durch die spezielleren §§ 434 ff. BGB verdrängt. Das bedeutet aber auch, dass § 119 Abs. 2 BGB nicht grundsätzlich auf die Anfechtung des Käufers unanwendbar ist. Dies kann man gerade an unserem Beispielfall zum Ringkauf deutlich machen: Da sich der Herr A und die Verkäuferin nicht darauf geeinigt hatten, dass der Ring golden sein sollte und da der Ring auch nicht qualitativ minderwertig war, war er nicht mit einem Fehler i.S. des § 434 Abs. 1 BGB behaftet. Der Irrtum des Herrn A bezog sich demnach nicht auf einen Sachmangel i.S. des § 434 BGB. Die Anwendung des § 119 Abs. 2 BGB war daher in unserem Ausgangsfall nicht durch das kaufrechtliche Mängelrecht ausgeschlossen.

Auch der Verkäufer kann wegen eines Sachmangels den Kaufvertrag nicht gemäß § 119 Abs. 2 BGB anfechten, da er mit der Anfechtung die Rechte des Käufers wegen des Sachmangels vereiteln und sich seiner Haftung entziehen würde.



Ein weiterer wichtiger Fall, in dem die Anfechtung durch Vorschriften des besonderen Falls ausgeschlossen ist, ist der Irrtum des Bürgen über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Um dies zu verstehen, muss man kurz den Bürgschaftsvertrag nach § 765 BGB umreißen. Die Bürgschaft ist eine Personalsicherheit, die zur Kreditsicherung eingesetzt wird. Sie kommt also dann in Betracht, wenn der Schuldner S dem Gläubiger G etwas schuldet oder wenn G dem S einen Kredit gewähren soll und G befürchtet, dass S nicht in der Lage sein könnte, ihm die geschuldete Summe zurückzuzahlen. In diesem Falle wird G Sicherheiten verlangen. Als eine solche Sicherheit kommt die Bürgschaft in Betracht. Dabei wird sich S an einen ihm bekannten Dritten, den Bürgen, wenden und ihn bitten, für ihn zu bürgen, d.h. mit G einen Vertrag abzuschließen, in dem er sich G gegenüber verpflichtet, für die Schuld des S mit seinem persönlichen Vermögen zu haften. Bestätigen sich dann die Ängste des G, dann kann dieser auf den Bürgen als weiteren Schuldner zurückgreifen. Aus dem Sinn und Zweck dieses im Besonderen Schuldrecht geregelten Vertrages folgt aber, dass es dem Bürgen verwehrt sein muss, seine Bürgschaftserklärung gegenüber G gemäß § 119 Abs. 2 BGB mit der Begründung anzufechten, er habe sich über die Zahlungsfähigkeit des S getäuscht, denn der Sinn der Bürgschaft besteht ja gerade darin, dass der Bürge dem Gläubiger das Risiko der Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners abnimmt.

#### *g. Der beiderseitige Irrtum*

Bisher sind wir ausschließlich Fällen begegnet, bei denen nur eine Partei dem Eigenschaftsirrtum unterlegen ist. Es ist jedoch durchaus denkbar, dass sich beide Parteien bei Vertragsschluss über dieselbe verkehrswesentliche Eigenschaft irren. Es ist heftig umstritten, ob § 119 Abs. 2 BGB auch auf solche Fälle des beiderseitigen Irrtums anwendbar ist.

Gegen die Anwendbarkeit des § 119 Abs. 2 BGB auf diese Fallkonstellationen ist angeführt worden, dass § 119 Abs. 2 BGB ausschließlich den einseitigen Irrtum regelt. Für den Fall des beiderseitigen Irrtums fehle es daher an einer gesetzlichen Regelung im BGB. Danach muss man zur Ausfüllung dieser Gesetzeslücke auf die von Rechtsprechung und Lehre auf der Grundlage von § 242 BGB entwickelte (seit dem 1. Januar 2002 in § 313 BGB geregelte) **Lehre von der Geschäftsgrundlage** zurückgreifen, deren Anwendung anders als die Anfechtung in erster Linie den Bestand des Vertrages unangetastet lässt und lediglich zur Vertragsanpassung führt. Für die Unanwendbarkeit des § 119 Abs. 2 BGB auf den Fall des beiderseitigen Irrtums wird auch geltend gemacht, dass die Anwendung des § 119 Abs. 2 BGB hier unbillig sei, da es letztlich auf Zufall beruhe, welcher der beiden Irrenden anfechte und damit zum Ersatz des Vertrauensschadens nach § 122 BGB verpflichtet werde. Dieser Billigkeitserwägung kann man allerdings

entgegenhalten, dass es auch beim beiderseitigen Irrtum keineswegs unbillig erscheint, den Anfechtenden zum Ersatz des Vertrauensschadens zu verpflichten, denn angefochten wird von den beiden immer derjenige, für den der Irrtum nachteilig war. Demjenigen, der aus der Anfechtung einen Vorteil zieht, ist es aber durchaus zuzumuten, dem Anfechtungsgegner diesen Vorteil zu „bezahlen“.

Zur Verdeutlichung dessen braucht man unseren Beispielsfall über den Ringkauf nur so abzuwandeln, dass auch die Verkäuferin davon ausging, der Ring sei golden. Als sich dies später herausstellt, will die Verkäuferin an dem Geschäft festhalten, da es für sie günstig war. Herr A ficht aber an. Es erscheint dann aber nicht unbillig, wenn er dem Juwelier nach § 122 den Vertrauensschaden ersetzt. Des Weiteren lässt sich auch weder aus dem Wortlaut, noch aus der systematischen Stellung des § 119 Abs. 2 BGB herleiten, dass er nicht auch den Fall des beiderseitigen Irrtums erfasse.

Allerdings muss noch ein Weiteres bedacht werden. Während beim einseitigen Irrtum die kaufrechtlichen Mängelregeln nicht eingreifen, weil der Kaufgegenstand nicht als goldener verkauft worden ist, sieht das beim beiderseitigen Irrtum möglicherweise anders aus. Wenn über die Eigenschaft gesprochen worden und der Ring damit als golden verkauft worden ist, dann weist der bloß vergoldete Ring einen Mangel im Sinne des § 434 BGB auf. Es greifen die Gewährleistungsregeln, und aus diesem Grunde scheidet die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB aus. Wenn allerdings nicht über die Eigenschaft gesprochen worden ist, dann fehlt es an einem Anhaltspunkt für eine Vereinbarung „golden“ und damit für die Abweichung der Istbeschaffenheit von der Sollbeschaffenheit (Fehlerbegriff). Hier ist der Weg zur Anfechtung geöffnet.

### **3. Täuschung und Drohung**

Durch das Gestaltungsrecht der Anfechtung soll der Erklärende davor geschützt werden, an Willenserklärungen festgehalten zu werden, die an Willensmängeln leiden. Dahinter steht der Leitgedanke der Privatautonomie. Dabei kann die Ursache der Willensmängel im Bereich des Erklärenden oder aber im Bereich des Erklärungsempfängers oder eines Dritten liegen. Liegt die Ursache in der Sphäre des Erklärenden selbst, weil er oder sein Erklärungsbote sich verspricht oder vergeift oder weil er über die Bedeutung seiner Erklärung oder über verkehrswesentliche Eigenschaften irrt, dann ist einer der uns bereits bekannten Tatbestände der §§ 119, 120 BGB einschlägig. Der Erklärende kann dann seine Erklärung zwar anfechten, muss dem Empfänger aber unter den Voraussetzungen des § 122 BGB den Vertrauensschaden ersetzen. Da der Erklärende für den Irrtum

„verantwortlich“ ist, muss er überdies auch, nachdem er von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat, ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) anfechten (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Die Ursache für den Willensmangel muss aber nicht beim Erklärenden liegen. Dieser kann etwa auch durch arglistige Täuschung des Erklärungsempfängers oder durch widerrechtliche Drohung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden sein. Diese Fälle, bei denen es um den **Schutz der rechtsgeschäftlichen Entschließungsfreiheit** des Erklärenden geht, sind in § 123 BGB erfasst. Hier ist der Erklärende selbst „Opfer“ und daher schutzwürdiger als der Erklärungsempfänger, so dass eine Verpflichtung des Anfechtenden zum Ersatz des Vertrauensschadens im BGB nicht vorgesehen ist. Auch ist die Anfechtungsfrist aus diesen Gründen großzügiger bemessen: Hat der Getäuschte die Täuschung entdeckt oder hat im Falle der Drohung die Zwangslage aufgehört, so kann der Getäuschte oder Bedrohte sich immer noch ein Jahr lang überlegen, ob er die Willenserklärung anfechten will oder nicht (§§ 124 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB).

Zu Täuschung und Drohung allgemein *Petersen, Jens*, Täuschung und Drohung im Bürgerlichen Recht, Jura 2006, 904-908.

### *a. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung*

Zunächst einmal setzt § 123 Abs. 1 1. Alt. BGB eine **Täuschungshandlung** voraus. Diese kann sowohl in einer ausdrücklichen oder konkludenten Erklärung als auch in einem Verschweigen von **Tatsachen** trotz Bestehen einer Offenbarungspflicht bestehen. Entscheidend ist dabei nur, dass über Tatsachen getäuscht wird, also über Umstände, die anders als Werturteile oder Meinungsäußerungen, objektiv nachprüfbar und einem Beweis zugänglich sind. Diese Unterscheidung zwischen Tatsachen und Werturteilen wird insbesondere bei so genannten „reklamehaften Anpreisungen“ relevant.

**Beispiel:** Ein Schokoladenfabrikant wirbt damit, bei seinem Produkt handele es sich um die „längste Praline der Welt“; eine bestimmte Rumsorte wird damit umworben, bei ihrem Genuss fühle man sich „wie in der Karibik“. Kann ein Käufer dieser Produkte später den Kaufvertrag mit der Begründung anfechten, er habe inzwischen längere Pralinen gefunden oder er habe sich bei dem Genuss des Rums an alles nur nicht an die Karibik erinnert gefühlt?

Bei der Beantwortung dieser Frage kommt es entscheidend darauf an, ob über Tatsachen getäuscht wurde. Dabei darf man sich nicht in jedem Fall damit begnügen, festzustellen, es sei das Vorliegen einer Tatsache behauptet worden. Denn, ob etwa wie in unserem Beispiel eine Pralinenorte tatsächlich „die längste

„Praline der Welt“ ist, ließe sich - wenn man sich vorher über den Begriff „Praline“ verständigt hat - unter Umständen objektiv nachprüfen. Jedoch muss man dabei berücksichtigen, dass unsere Wirtschaftsordnung auf Werbung für Konsumprodukte angewiesen ist und dass in der Werbung naturgemäß mit Anpreisungen gearbeitet wird. Sind diese so gehalten, dass ihr Reklamecharakter offensichtlich hervortritt und sie von keinem vernünftigen Menschen als Tatsachenbehauptungen ernst genommen werden, wie dies etwa in unseren Beispielfällen der Fall ist, dann müssen sie doch dem Kontext der Erklärung nach als bloße Meinungsäußerungen gewertet werden. Dementsprechend scheidet also in unseren Beispielen eine Anfechtung aus.

Während man eine Täuschung mittels ausdrücklicher oder konkludenter Erklärung meist ohne Weiteres feststellen kann, bereitet es häufig Schwierigkeiten, zu entscheiden, ob eine **Täuschung durch Unterlassen** vorliegt. Dies liegt darin begründet, dass das Verschweigen einer Tatsache nur bei Eingreifen einer Offenbarungspflicht (**Aufklärungspflicht**) eine Täuschung darstellt und dass diese Pflicht auch nirgendwo ausdrücklich geregelt ist. Nach der Rechtsprechung besteht eine Rechtspflicht zum Reden, wenn „Treu und Glauben nach der Verkehrsauffassung das Reden erfordern, der andere Teil nach den Grundsätzen eines reellen Geschäftsverkehrs eine Aufklärung erwarten durfte“. Wann das der Fall ist, entzieht sich naturgemäß einer allgemeinen Aussage und ist vielmehr von den Umständen des Einzelfalles abhängig, wobei es insbesondere auf **Charakter und Art der Geschäftsbeziehungen** ankommt. Dabei unterscheidet man grundsätzlich besondere Treue- oder Vertrauensverhältnisse (z.B. aufgrund langjähriger vertrauensvoller Geschäftsverbindung, in Dauerschuldverhältnissen mit engem persönlichem Kontakt oder familiärer Verbundenheit), die in der Regel eine Aufklärungspflicht nach sich ziehen, und Umsatzgeschäfte (wie z.B. Kaufverträge), bei denen dies in der Regel nicht der Fall ist.

Diese Unterscheidung knüpft an den natürlichen Interessengegensatz zwischen Käufer und Verkäufer an, der in einer Marktwirtschaft nicht durch überzogene Offenbarungspflichten aus dem Gleichgewicht gebracht werden darf. Andererseits kann dieser Interessengegensatz auch kein Freibrief dafür sein, den Käufer zu einem Vertragsschluss bewegen zu dürfen, den dieser erkennbar nicht will oder der dessen erkennbaren Interessen zuwiderläuft. Daher besteht auch bei Kaufverträgen eine Aufklärungspflicht hinsichtlich solcher **Umstände, die den Vertragszweck vereiteln können** und die **für den Entschluss des Vertragspartners erkennbar von wesentlicher Bedeutung** waren. Dies bejaht die Rechtsprechung etwa beim Verkauf gebrauchter Pkws, die in einen Unfall verwickelt waren. Sie verlangt in diesen Fällen von dem Verkäufer dem Käufer selbst dann ungefragt mitzuteilen, dass der Wagen in einen Unfall verwickelt war, wenn bei diesem Unfall lediglich

Blebschäden aufgetreten sind und sich der Reparaturaufwand nur auf einige hundert Euro belaufen hat. Im Übrigen kann bei Umsatzgeschäften wie dem Kaufvertrag eine Offenbarungspflicht für den Verkäufer auch daraus erwachsen, dass der Kunde **erkennbar** in geschäftlichen Dingen **unerfahren** ist oder auf die besondere Fachkunde des Verkäufers vertraut.

Vergleicht man die Voraussetzungen einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 Abs. 1 1. Alt. BGB) und einer Anfechtung wegen Drohung (§ 123 Abs. 1 2. Alt. BGB), so fällt auf, dass das Gesetz nur im Falle der Drohungsanfechtung Widerrechtlichkeit verlangt. Dies hängt damit zusammen, dass die Verfasser des BGB selbstverständlich davon ausgingen, dass eine Täuschung immer widerrechtlich sei. Dabei hat der Gesetzgeber aber übersehen, dass die Täuschung zwar die Rechtswidrigkeit indiziert, dass dieses Indiz aber durch Rechtfertigungsgründe (wie z.B. §§ 227 ff., 859 f. BGB) ausgeräumt werden kann. Daher muss man auch bei der Täuschungsanfechtung immer prüfen, ob die Täuschung widerrechtlich ist. Dies spielt vor allem dann eine Rolle, wenn der Erklärende auf Fragen seines Vertragspartners antwortet. Ist dabei eine Frage **unzulässig**, dann ist ihre wahrheitswidrige Beantwortung durch Notwehr gerechtfertigt (§ 227 BGB); die darin liegende Täuschung ist nicht widerrechtlich. Aus der wahrheitswidrigen Beantwortung einer unzulässigen Frage kann demnach kein Anfechtungsrecht hergeleitet werden. Der Erklärende hat dann praktisch ein „**Recht zu lügen**“.

Besonders häufig taucht dieses Problem beim Abschluss von Arbeitsverträgen auf. Hier muss man dann bei der Beurteilung, ob eine Frage zulässig ist, die Interessen des Arbeitgebers daran, zu ermitteln, ob der Erwerber seinen Vorstellungen entspricht, gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers (Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG) abwägen. Dabei ergibt sich, dass Fragen, die den Intimbereich des Arbeitnehmers berühren, grundsätzlich ebenso unzulässig sind wie Fragen nach der Konfession oder der Parteizugehörigkeit (Ausnahmen: Tendenzbetriebe wie z.B. kirchliche Einrichtungen). Auch die Frage nach der Schwangerschaft oder der Familienplanung einer Bewerberin ist wegen der Regelungen im allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (GBG) unzulässig und darf von dieser wahrheitswidrig beantwortet werden.

Ebenso wie beim Erklärungs- und Inhaltsirrtum verlangt § 123 BGB Kausalität des Anfechtungsgrundes für die Abgabe der Erklärung. Erforderlich ist demnach, dass die Täuschung zu einem Irrtum des Getäuschten und dieser wiederum zur Abgabe der Willenserklärung geführt hat. Daran fehlt es, wenn der „Getäuschte“ tatsächlich den wahren Sachverhalt erkennt, nicht jedoch, wenn er ihn nur unter Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können. Auch

wenn es der Getäuschte dem Täuschenden durch Sorglosigkeit oder Leichtgläubigkeit besonders leicht macht, ist dieser zur Anfechtung berechtigt. Im Unterschied zu §§ 119, 120 kommt es aber für die Kausalität nur auf die **subjektive Erheblichkeit** an. Es darf also nur geprüft werden, ob der Getäuschte die Erklärung auch in Kenntnis der Sachlage abgegeben haben würde und nicht auch, ob er sie „bei verständiger Würdigung des Einzelfalles“ nicht abgegeben hätte.

Schließlich muss die Täuschung „**arglistig**“ gewesen sein. Dabei stellt sich die Frage, was man unter dem in der heutigen Alltagssprache kaum mehr gebrauchten Begriff der Arglist zu verstehen hat. Heute ist man sich im Hinblick auf den Zweck des § 123 Abs. 1 BGB, die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit zu schützen, weitgehend einig, dass es für die „Arglist“ weder auf die Gesinnung noch auf eine Vermögensbeschädigungsabsicht ankommt, sondern dass „Arglist“ vielmehr mit „**Vorsatz**“ gleichzusetzen ist. Unter Vorsatz versteht man die wissentliche und gewollte Tatbestandsverwirklichung. Der Täuschende muss also wissen und wollen, dass sich ein anderer infolge seiner Täuschung irrt und durch diesen Irrtum zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt wird. Hierbei reicht es hinsichtlich der Wollenskomponente allerdings bereits aus, dass der Täuschende mit **bedingtem Vorsatz** (dolus eventualis) handelt, wenn er es also ernstlich für möglich hält, dass sein Gegenüber täuschungsbedingt irrt und er sich damit abgefunden hat. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn ein Verkäufer ohne genauere Kenntnisse über den Kaufgegenstand, also gleichsam „**ins Blaue hinein**“, Erklärungen abgibt.

**Beispiel:** Der Autohändler behauptet auf die Frage seines Kunden, ob das Fahrzeug unfallfrei sei, dies sei der Fall, ohne dass er dies genau weiß und ohne dass er das Fahrzeug hat untersuchen lassen.

#### *b. Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung*

Die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit kann auch durch widerrechtliche Drohung beeinflusst werden. Diese Beeinträchtigung schätzt der Gesetzgeber als generell noch schwerer als die Beeinträchtigung durch Täuschung ein, wie man daraus entnehmen kann, dass eine durch widerrechtliche Drohung beeinflusste Willenserklärung immer anfechtbar ist unabhängig davon, wer gedroht hat. Eine Einschränkung der Anfechtbarkeit in Fällen der Drohung durch „Dritte“ oder der Gutgläubigkeit des Erklärungsempfängers, wie sie der Gesetzgeber für die Täuschung in § 123 Abs. 2 BGB vorgesehen hat, ist für die durch widerrechtliche Drohung zustande gekommene Willenserklärung nicht geregelt.

Grundvoraussetzung für die Anwendung des § 123 Abs. 1 2. Alt. BGB ist, dass die Drohung zur Abgabe einer Willenserklärung geführt hat. Dies ist nicht der Fall, wenn die Erklärung unter Anwendung unwiderstehlichen körperlichen Zwangs (**vis absoluta**) zustande gekommen ist; denn hier fehlt es dem „Erklärenden“ am Handlungswillen, so dass ihm die Erklärung nicht als eigene zugerechnet werden kann. So liegt keine Willenserklärung des A vor, wenn B dem A durch gewaltsames Führen der Hand zum Unterzeichnen eines Wechsels zwingt.

Unter Drohung versteht man das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss zu haben vorgibt. Dies ist schon dann nicht gegeben, wenn der „Täter“ sich selbst gar keinen Einfluss auf das Eintreten des Übels zuschreibt, sondern lediglich auf eine außerhalb seines Einflussbereiches stehende Zwangslage hinweist. Dabei muss die Drohung kausal für die Abgabe der Willenserklärung gewesen sein. Hierbei kommt es ebenso wie bei der Täuschungsanfechtung alleine auf die subjektive Erheblichkeit der Drohung für die Abgabe der Willenserklärung an.

Schließlich muss die Drohung noch „**widerrechtlich**“ gewesen sein. Um zu ermitteln, ob die Drohung widerrechtlich ist, unterscheidet man zwischen dem **Mittel** der Drohung, dem mit ihr verfolgten **Zweck** und der **Zweck-Mittel-Relation** und untersucht jeweils, ob aus ihnen die Rechtswidrigkeit der Drohung folgt.

Einfach gelagert sind dabei die Fälle, bei denen die Rechtswidrigkeit der Drohung aus der Rechts- oder Sittenwidrigkeit des Mittels der Drohung und/oder des mit der Drohung verfolgten Zwecks folgt. Verfolgt etwa der „Täter“ mit seiner Drohung ein von der Rechtsordnung an und für sich gebilligtes Ziel (z.B. die Beitreibung seiner Schulden), setzt dazu aber Mittel ein, die rechts- oder sittenwidrig sind (z.B. Androhung einer nach § 223 StGB strafbaren Körperverletzung), dann gilt selbstverständlich nicht von Rechts wegen der Satz: „Der Zweck heiligt die Mittel“. Vielmehr wird eine solche Drohung von der Rechtsordnung missbilligt. Ebenso ist die Drohung rechtswidrig, wenn der „Täter“ mit einem an und für sich erlaubten Mittel droht, um damit einen rechts- oder sittenwidrigen Erfolg, d.h. die Abgabe einer rechts- oder sittenwidrigen Willenserklärung zu erreichen (die jedoch regelmäßig bereits nach §§ 134, 138 BGB unwirksam sein wird).

Liegt bei der Drohung mit einem unerlaubten Mittel zu einem unerlaubten Zweck die Rechtswidrigkeit der Drohung auf der Hand, so kann die Bewertung von Drohungen, bei denen sowohl das angedrohte Übel als auch der mit der Drohung verfolgte Zweck rechtmäßig sind, durchaus „knifflig“ sein. Die Schwierigkeit dieser Fälle liegt darin begründet, dass der Rechtsanwender letztlich die

Freiheitssphären der Parteien gegeneinander abgrenzen muss. Wie weit darf man bei der Durchsetzung berechtigter Interessen mit rechtmäßigen Mitteln gehen, wie viel psychischer Druck ist zumutbar? Da hier vieles von der persönlichen Wertung im Einzelfall abhängig ist, sind in diesem Bereich viele Einzelfragen heftig umstritten. Dennoch hat sich dabei grundsätzlich die Meinung durchgesetzt, dass es nicht als rechtswidrig bewertet werden kann, wenn man Rechte, die einem die Rechtsordnung zubilligt, durchsetzt und dazu Verfahren in Anspruch nimmt, die von der Rechtspflege zur Durchsetzung dieser Rechte zur Verfügung gestellt werden. Wer also einem anderen etwas schuldet, der muss es hinnehmen, wenn dieser ihm bei Nichterfüllung mit Klageerhebung oder bei Vorliegen eines Vollstreckungstitels mit der Einleitung der Zwangsvollstreckung droht. Selbst wenn er nichts schuldet, der andere aber vom Bestehen eines Anspruchs ausgeht und ihm mit Klage droht, ist diese Drohung nicht rechtswidrig, da sie nicht mutwillig erfolgt, sondern nur die Durchführung eines Verfahrens in Aussicht stellt, das die Rechtsordnung gerade dafür eingerichtet hat, um zu klären, ob ein behauptetes Rechts besteht oder nicht. Zahlt der mit der Klage Bedrohte dann, um sich nicht dem Verfahren aussetzen zu müssen, dann kann er das Erfüllungsgeschäft später nicht nach § 123 Abs. 1 2. Alt. BGB anfechten, sondern allenfalls nach § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. oder nach § 813 BGB das zur Erfüllung Geleistete zurückverlangen.

Darüber hinaus ist man sich darüber einig, dass bei der Drohung mit einem erlaubten Übel zur Verfolgung eines erlaubten Zwecks wegen der grundsätzlichen Erlaubtheit des Vorgehens die Rechtswidrigkeit der Drohung die Ausnahme bleiben muss. Sie kommt nur dann in Betracht, wenn das Mittel der Drohung im Verhältnis zum verfolgten Zweck „**unangemessen**“ ist. Dies ist im jeweiligen Einzelfall durch eine umfassende Würdigung aller Umstände zu ermitteln und nach den Kriterien von **Treu und Glauben** und **der zur Zeit der Drohung herrschenden Anschauungen** zu beurteilen. Dabei ist ein wesentlicher Gesichtspunkt, ob das angedrohte, erlaubte Übel mit dem verfolgten Zweck in einem **sachlichen, inneren Zusammenhang** steht („Koppelungsverbot“). Dies wird in Lehrbüchern immer wieder gerne an dem Beispiel der „Drohung mit einer Strafanzeige“ verdeutlicht. Hat z.B. ein Arbeitnehmer per Zufall von Unterschlagungen seines Kollegen im Betrieb Kenntnis erlangt, dann ist die Drohung mit einer Strafanzeige mangels inneren Zusammenhangs rechtswidrig, wenn sie dazu eingesetzt wird, den Kollegen zur Rückzahlung eines ihm gewährten Darlehens zu bewegen. Droht dagegen in diesem Beispiel der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer an, die Straftat anzuzeigen, wenn der Arbeitnehmer den Schaden nicht wiedergutmacht, dann ist die Drohung wegen des sachlichen Zusammenhangs zwischen der Straftat und des durch sie verursachten Schadens nicht rechtswidrig.



*c. Die Beteiligung mehrerer Personen*

Bisher haben wir uns ausschließlich mit dem Fall beschäftigt, an dem zwei Personen beteiligt waren: der getäuschte Erklärende und der täuschende Erklärungsempfänger. Schwieriger wird die Sache dann, wenn man es im Rahmen der Täuschungsanfechtung mit mehreren Beteiligten zu tun bekommt, da dann dem Interesse dem Getäuschten, von seiner Erklärung loszukommen, unter Umständen der Vertrauensschutz des Erklärungsempfängers entgegenstehen kann. Dieses Problem spielt naturgemäß lediglich bei nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen keine Rolle: Sie sind bei arglistiger Täuschung des Erklärenden immer anfechtbar, wer auch die Täuschungshandlung begangen hat.

Zunächst einmal wollen wir die Betrachtung auf die Situation ausdehnen, dass an dem Geschehen drei Personen beteiligt sind: Täuschender, Erklärender und Erklärungsempfänger. Hier kann aus Vertrauensschutzgründen die Erklärung nur anfechtbar sein, wenn der Erklärungsempfänger nicht schutzwürdig ist. Daher bestimmt das BGB in § 123 Abs. 2 Satz 1: „Hat ein **Dritter** die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen mußte“.

Danach ist der Erklärungsempfänger nur in zwei Fällen nicht vor einer Anfechtung geschützt:

- Der Erklärungsempfänger kennt die Täuschung oder hätte sie zumindest bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen können.
- Die Täuschung wurde zwar durch eine andere Person verübt, die aber nicht „Dritter“ im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB ist.

Schwierigkeiten bereitet lediglich der zweite Fall, da man hier durch die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Dritter“ trennscharf festlegen muss, inwieweit sich der gutgläubige Erklärungsempfänger die Täuschungshandlungen anderer Personen zurechnen lassen muss.

Hierbei greift man allgemein auf einen Grundgedanken zurück, der das gesamte Privatrecht prägt: Da unsere Wirtschaftsordnung auf Arbeitsteilung ausgerichtet und angewiesen ist, die Arbeitsteilung also erlaubt und erwünscht ist, muss sich derjenige, der sich der Hilfe anderer bedient, auch deren (Fehl-)Verhalten zurechnen lassen. Daher muss sich der Erklärungsempfänger in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 278 BGB und des § 166 BGB Täuschungshandlungen seiner Stellvertreter und anderer Hilfspersonen, die mit Wissen und Willen des Erklärungsempfängers als Handlungs- oder Abschlussgehilfen (z.B. ein

Mitarbeiter des Erklärungsempfängers bereitet den späteren Vertragsschluss vor) in die Verhandlungen eingeschaltet sind, zurechnen lassen. Darüber hinaus wird auch darauf abgestellt, dass der Täuschende **Vertrauensperson** des Erklärungsempfängers ist oder **„auf Seiten (im Lager) des Erklärungsempfängers steht“**. Allerdings lassen sich diese Zurechnungskriterien nicht am Gesetz festmachen und erscheinen auch bedenklich unbestimmt, so dass es vorzugswürdig ist, alleine auf den Rechtsgedanken des § 278 BGB als Zurechnungskriterium abzustellen. Veranschaulichen lassen sich diese Gedanken nochmals zusammenfassend an folgendem **Fall** (angelehnt an BGH LM § 123 Nr. 30 = NJW 1962, 2195 f.):

S bittet G um ein Darlehen. Dieser verlangt von S Sicherheiten. Da S selbst über kein nennenswertes Vermögen verfügt, bittet S seinen Bekannten B um eine Bürgschaft. Dabei schwindelt er B ein erhebliches Vermögen vor, um diesen dadurch zur Übernahme der Bürgschaft zu veranlassen. Daraufhin schließt B mit G einen Bürgschaftsvertrag. Als G den B aus der Bürgschaft in Anspruch nehmen will, erklärt B dem G gegenüber die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung.

Da S den B vorsätzlich über die Tatsache seiner Vermögenslosigkeit getäuscht hat, kann B seine Willenserklärung gegenüber G nach § 123 Abs. 1 1. Alt. BGB anfechten, wenn S nicht „Dritter“ im Sinne des § 123 Abs. 2 Satz 1 BGB ist. Dies ist dann der Fall, wenn sich G die Täuschungshandlung des S zurechnen lassen muss. Stellt man darauf ab, ob der Täuschende im Lager des Erklärungsempfänger steht, dann könnte man bei abstrakter Betrachtung der Interessenlage (also ohne auf die persönlichen Beziehungen der Parteien im Einzelfall abzustellen) vertreten, dass sich aus „der Gesamtwürdigung der Umstände unter Berücksichtigung der Interessenlage der Beteiligten“ ergibt, dass S im Lager des G steht, so dass dieser sich dessen Täuschung zurechnen lassen muss, denn sowohl der Hauptschuldner S als auch der Gläubiger G sind sehr am Abschluss des Bürgschaftsvertrages interessiert. Andererseits könnte man aus der Interessenlage aber auch genau das Gegenteil folgern, da „die Bürgschaft regelmäßig im eigenen Interesse des Schuldners liegt und deshalb dessen Tun auch nicht ohne weiteres dem Gläubiger zugerechnet werden kann“. Beide Erwägungen hat der BGH im gleichen Urteil angestellt! Das zeigt aber gerade, wie vage und unbrauchbar Formulierungen wie Vertrauensperson oder „im Lager des Erklärungsempfängers stehen“ sind. Daher ist es sinnvoll, allein mit Hilfe des Rechtsgedankens des § 278 BGB zu ermitteln, ob der Schuldner „Dritter“ ist. Die Täuschung des S kann also nur ausnahmsweise dem G zugerechnet werden, wenn S mit Wissen und Wollen des G als dessen Verhandlungsgehilfe aufgetreten ist. Das wird wegen des überwiegenden Eigeninteresses des Schuldners in aller Regel nicht anzunehmen sein und ist hier auch nicht ersichtlich. S ist also „Dritter“ im Sinne des § 123 Abs. 2 Satz 1 BGB,

so dass seine Täuschung dem G nicht zugerechnet werden kann. B kann somit seine Willenserklärung nicht gegenüber G anfechten.

Die Anzahl der am Geschehen beteiligten Personen kann auch noch auf **vier Personen** erhöht werden. Diesen Fall regelt § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB: „Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste“. Es geht hier also nicht darum, ob der Erklärungsempfänger sich das Verhalten eines Dritten zurechnen lassen muss, sondern darum, ob ein Dritter die aus dem Rechtsgeschäft des Erklärungsempfängers erworbenen Rechte (wegen der Täuschung durch einen Vierten) behält oder nicht. Hauptanwendungsfall hierfür ist der echte Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB). Hierbei handelt es sich um einen Vertrag (z.B. einen Kauf-, Werk- oder Mietvertrag) aus dem ein Dritter eigene Ansprüche erwirbt, ohne am Vertragsschluss selbst beteiligt zu sein. Ein typisches Beispiel hierfür ist etwa die Lebensversicherung, die zu Gunsten einer dritten Person abgeschlossen wird.

**Beispiel:** A hat auf Grund eines Hirntumors nur noch eine geringe Lebenserwartung. Seine Angehörigen haben dies von den behandelnden Ärzten erfahren, es A aber nicht mitgeteilt, um ihm noch ein paar schöne Wochen zu gönnen. Kurz nachdem der aus dem Krankenhaus entlassen wird, schließt er auf Betreiben seiner Ehefrau F eine Lebensversicherung zu ihren Gunsten ab und versichert gutgläubig gesund zu sein. Dabei legt er ein Attest vor, das sein Sohn S, der selbst Arzt ist, ausgestellt hat und das von der Versicherung anstandslos akzeptiert wird. Der F ist der gesamte Sachverhalt bekannt.

Verstirbt nun der A, so erwirbt die F aus dem Versicherungsvertrag einen Anspruch auf Auszahlung der Versicherungssumme. Erhält die Versicherung von dem Vorgang Kenntnis, dann kann sie gegenüber der F den Vertrag gemäß §§ 123 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 BGB anfechten, da die F bösgläubig war.

Allerdings setzt auch § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht notwendig das Handeln von vier Personen voraus. Zwar könnte man dies mit Rücksicht auf den Wortlaut annehmen, in dem nur von der Kenntnis des Dritten und von der Täuschung eines Vierten die Rede ist, doch ist es allgemeine Meinung, dass § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB erst recht den Fall erfasst, dass der begünstigte Dritte selbst die Täuschung begeht. Auch braucht man auf § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB dann nicht zurückzugreifen, wenn der Erklärungsempfänger selbst die Täuschung begangen oder gekannt hat oder wenn er sich die Täuschung einer Hilfsperson zurechnen lassen muss. In diesem Fall kann der Erklärungsempfänger schon nach § 123

Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB anfechten. Dies wäre im obigen Beispiel schon der Fall, wenn A selbst von seiner Krankheit Kenntnis gehabt hätte.

#### 4. Vornahme und Wirkung der Anfechtung

##### *a. Vornahme der Anfechtung*

Die Anfechtung erfolgt durch eine Erklärung des Anfechtungsberechtigten gegenüber dem Anfechtungsgegner (§ 143 Abs. 1 BGB). Daher handelt es sich bei der Anfechtungserklärung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, d.h. sie wird unter Abwesenden erst wirksam, wenn sie dem Anfechtungsgegner zugeht (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB) und unter Anwesenden dann, wenn sie vom Anfechtungsgegner vernommen wurde. Dabei ist wegen der Gestaltungswirkung (§ 142 Abs. 1 BGB) der Anfechtung bei der Auslegung einer Anfechtungserklärung ein hohes Maß an **Unzweideutigkeit** zu verlangen. Das bedeutet natürlich nicht, dass der Anfechtungsberechtigte unbedingt das Wort „anfechten“ verwenden muss (§ 133 BGB), allerdings muss für den Empfänger aus der Erklärung eindeutig zu erkennen sein, dass der Erklärende wegen eines Willensmangels die anfechtbare Willenserklärung nicht mehr gelten lassen will. Darüber hinaus folgt aus der rechtsgestaltenden Wirkung der Anfechtung und der Tatsache, dass der Erklärungsempfänger wissen muss, woran er ist, dass die Anfechtungserklärung nicht unter einer Bedingung (ungewisses zukünftiges Ereignis) erklärt werden darf (**Bedingungsfeindlichkeit der Anfechtung**). Von der bedingten Anfechtung zu unterscheiden ist die Möglichkeit einer **Eventualanfechtung**. Davon spricht man, wenn der Erklärende die Anfechtung „vorsorglich“ für den Fall erklärt, dass sich ein bestimmter, bereits feststehender Sachverhalt bestätigen sollte. Eine Eventualanfechtung liegt z.B. dann vor, wenn die Parteien um die Rechtslage (z.B. die Auslegung des Vertrages) streiten und der Erklärende unter der „Bedingung“ anfechtet, dass das Gericht eine bestimmte Rechtslage feststellt. Außerordentlich umstritten ist, ob die Anfechtungserklärung auch die **Angabe der Anfechtungsgründe** voraussetzt. Dabei stehen sich sowohl die Auffassung, dass eine wirksame Anfechtung immer die Angabe der Anfechtungsgründe voraussetzt, als auch diejenige, dass die Angabe der Gründe immer entbehrlich ist, sowie zahlreiche differenzierende Ansichten gegenüber. Gegen die Erforderlichkeit der Angabe der Anfechtungsgründe spricht, dass das Gesetz dieses den Anfechtenden belastende Erfordernis nirgendwo aufstellt, dafür spricht, dass der Erklärungsempfänger ein berechtigtes Interesse daran hat, zu wissen, woran er ist, insbesondere, ob eine den Schadenersatzanspruch nach § 122 Abs. 1 BGB auslösende Irrtumsanfechtung oder eine Anfechtung nach § 123 BGB vorliegt.

Die wohl herrschende Ansicht folgert aus dieser unterschiedlichen Interessenlage und der überwiegenden Schutzbedürftigkeit des Erklärungsempfängers, dass für den Erklärungsempfänger erkennbar sein muss, auf welche tatsächlichen Umstände der Anfechtungsberechtigte die Anfechtung stützen will. Demnach ist die Angabe der Anfechtungsgründe nur dann entbehrlich, wenn die Anfechtungsgründe dem Erklärungsgegner bekannt oder ohne Weiteres erkennbar sind.

Die Anfechtungserklärung muss gegenüber dem **Anfechtungsgegner** erfolgen (§ 143 Abs. 1 BGB). Wer der richtige Anfechtungsgegner ist, ergibt sich aus § 143 Abs. 2 bis 4 BGB. Danach ist grundsätzlich derjenige Anfechtungsgegner, demgegenüber der Anfechtungsberechtigte die anfechtbare Willenserklärung abgegeben hat. Daher ist z.B. bei der Anfechtung einer Kündigung der Kündigungsgegner (§ 143 Abs. 1 Satz 1 BGB), bei einem zweiseitigen Vertrag der Vertragspartner (§ 143 Abs. 2 Fall 2 BGB) Anfechtungsgegner. Da das Gesetz dies ausnahmslos so anordnet, bleibt der Vertragspartner auch dann Anfechtungsgegner, wenn ein Dritter inzwischen durch Abtretung oder Verpfändung Rechte aus dem Vertrag erworben hat. Auch beim echten Vertrag zu Gunsten eines Dritten, dem, ohne dass er selbst Vertragspartner ist, Ansprüche aus dem Vertrag zustehen, ist demnach allein der Vertragspartner (Versprechensempfänger) Anfechtungsgegner. Lediglich im bereits erörterten Fall des § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB, also bei Täuschung durch den begünstigten Dritten oder bei dessen Kenntnis von der Täuschung, ist der Dritte selbst Anfechtungsgegner.

### *b. Wirkung der Anfechtung*

Das Anfechtungsrecht ist ein **Gestaltungsrecht**, denn durch die erfolgreiche Anfechtung wird das anfechtbare Rechtsgeschäft vernichtet und zwar rückwirkend, d.h. mit Wirkung **ex tunc** (§ 142 Abs. 1 BGB). Damit unterscheidet sich ein Rechtsgeschäft, das unter Willensmängeln leidet, die zur Anfechtung berechtigen, grundlegend von einem Rechtsgeschäft, das unter anderen Gültigkeitsmängeln leidet: Solange es nicht zur Anfechtung gekommen ist, ist das anfechtbare Rechtsgeschäft voll wirksam. Wird dem Anfechtungsberechtigten der Anfechtungsgrund bekannt, dann steht es in seinem Belieben, ob er von seinem Gestaltungsrecht Gebrauch machen und damit das anfechtbare Rechtsgeschäft beseitigen oder gelten lassen will.

Die Anfechtung führt also zum Schutze der Privatautonomie zur Beseitigung von Willenserklärungen, die unter Willensmängeln leiden. Die Anfechtung kann daher den Willensmangel nicht korrigieren, sondern lediglich die mangelhafte Erklärung

aus der Welt schaffen. Man sagt daher, dass die Anfechtung **nicht reformiert**, sondern **nur kassiert**.

Die radikale Lösung, die der Gesetzgeber mit der Anfechtungswirkung ex tunc gewählt hat, wird nicht in allen Fällen für angemessen gehalten. Dabei ist inzwischen durch Rechtsprechung und Lehre anerkannt, dass bei Dauerrechtsverhältnissen mit personenrechtlichem Einschlag das Gesetz korrigiert werden muss, da die Rückabwicklung dieser Verträge nach ihrem Vollzug mit den Mitteln des Bereicherungsrechts häufig zu ungerechten Ergebnissen führt und auch mit der Eigenart dieser Schuldverhältnisse grundsätzlich unvereinbar ist. Sowohl bei in Vollzug gesetzten Arbeitsverhältnissen als auch bei ebensolchen Gesellschaftsverträgen führt die Anfechtung daher nach allgemeiner Ansicht nur zu einer Beendigung des Vertragsverhältnisses für die Zukunft (Wirkung ex nunc).

Hinsichtlich der Wirkung der Anfechtung stellt sich häufig die Frage, ob durch die Anfechtung lediglich das Verpflichtungsgeschäft oder auch das Erfüllungsgeschäft erfasst wird. Ist ein Vertrag bereits erfüllt und kann lediglich das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft angefochten werden, dann bleibt von dieser Anfechtung das vom Verpflichtungsgeschäft zu abstrahierende dingliche Erfüllungsgeschäft unberührt (**Abstraktionsprinzip**). Infolge des Abstraktionsprinzips hat der Anfechtende dann lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch aus Bereicherungsrecht auf Rückübertragung des Geleisteten. Umgekehrt ist es aber auch denkbar, dass alleine das dingliche Geschäft anfechtbar ist (z.B. der Verkäufer vergreift sich und übereignet daher die „falsche“ Sache). Jedoch kann es auch einmal vorkommen - und das beantwortet die eingangs aufgeworfene Frage - dass sowohl das Verpflichtungs- als auch das Erfüllungsgeschäft auf dem gleichen Willensmangel beruhen (so genannte **Fehleridentität**), dass also der Willensmangel, an dem das Verpflichtungsgeschäft leidet, auf das Erfüllungsgeschäft „durchschlägt“. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Willenserklärungen durch Täuschung oder widerrechtliche Drohung zu Stande gekommen sind. In diesem Fall hat der Erklärende auch den dinglichen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB.

---

## *II. Geschäftsfähigkeitsmängel*

### **1. Begriff der Geschäftsfähigkeit**

Die Geschäftsfähigkeit ist die Fähigkeit, **Rechtsgeschäfte** für sich **wirksam vornehmen** zu können. Die Rechtsetzungsmöglichkeit des einzelnen ist nur dann sinnvoll, wenn der Betreffende die Folgen seiner rechtsgeschäftlichen Erklärungen verstehen und einschätzen kann. Dazu bedarf es eines Mindestmaßes an Einsichtsfähigkeit und Urteilsvermögen. Der nicht voll Geschäftsfähige soll davor geschützt werden, sich aufgrund mangelnder Einsichtsfähigkeit beim Geschäftsabschluss selbst zu schädigen. Diese Schutzfunktion hat Vorrang vor dem Vertrauensschutz des Geschäftsverkehrs. Der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit des Geschäftsgenegers wird vom Gesetz demnach nicht geschützt. Auch ein Rechtsgeschäft, das mit einem für den Handelnden nicht erkennbar Geisteskranken geschlossen wird, ist nichtig (RGZ 120, 170 (174)).

Die Geschäftsfähigkeit ist **abzugrenzen von** der

- Ehefähigkeit, die grundsätzlich mit der Volljährigkeit eintritt (§ 1303 Abs. 1 BGB),
- Testierfähigkeit, die mit Vollendung des sechzehnten Lebensjahres eintritt (§ 2229 Abs. 1 BGB),
- Deliktsfähigkeit als einer Fähigkeit, eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung zu begehen und dafür zur Verantwortung gezogen zu werden (§§ 827, 828 BGB),
- Rechtsfähigkeit als einer Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein (§ 1 BGB).

Anders als vielfach zu lesen ist, ist die Geschäftsfähigkeit keine Wirksamkeitsvoraussetzung eines Rechtsgeschäfts, vielmehr begründet ein Fehlen der Geschäftsfähigkeit eine rechtshindernde Einwendung, ein Gegenrecht, dessen Voraussetzungen derjenige zu beweisen hat, der sich gegen eine Inanspruchnahme aus dem Rechtsgeschäft wehrt.

### **2. Geschäftsunfähigkeit**

**Geschäftsunfähig** ist, wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat oder wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter

Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist (§ 104 BGB). Einem Geschäftsunfähigen ist es versagt, selbst am Rechtsverkehr teilzunehmen. Handelt eine unter krankhafter Störung der Geistestätigkeit leidende Person in einem lichten Augenblick (*lucidum intervallum*), so ist die von ihm abgegebene Willenserklärung wirksam, da er in der Lage war, die Bedeutung der von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Anerkannt ist auch eine **partielle Geschäftsunfähigkeit**, wenn sich der Ausschluss der freien Willensbestimmung lediglich auf bestimmte Lebensbereiche, wie etwa die Führung eines bestimmten Prozesses („Querulantenwahn“), bezieht. Für alle übrigen Geschäfte besteht dann weiter volle Geschäftsfähigkeit. Abzulehnen ist hingegen eine Geschäftsunfähigkeit nur für besonders schwierige Geschäfte (so genannte abgestufte – relative – Geschäftsunfähigkeit) (BayObLG NJW 1989, 1678).

Die **Willenserklärung** eines Geschäftsunfähigen ist **nichtig** (§ 105 Abs. 1 BGB). Eine Willenserklärung, die einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegeben wird, wird nicht wirksam, bevor sie nicht dem gesetzlichen Vertreter zugeht (§ 131 Abs. 1 BGB). Steht die Vertretung eines Kindes den Eltern gemeinsam zu, so genügt die Abgabe gegenüber einem Elternteil (§ 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Nichtig ist auch eine Willenserklärung, die im Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit (z.B. Volltrunkenheit) abgegeben wird (§ 105 Abs. 2 BGB). In diesem Zustand kann dem Bewusstlosen selbst jedoch eine Willenserklärung wirksam zugehen.

Nach § 104 Nr. 3 a.F. BGB war der wegen Geisteskrankheit Entmündigte geschäftsunfähig. Diese Vorschrift ist ebenso wie § 6 a.F. BGB, der die Entmündigung betraf, mit Wirkung vom 1.1.1992 durch das Betreuungsgesetz aufgehoben worden. Dieses Gesetz schaffte die Entmündigung wegen ihrer Auswirkung auf die Geschäftsfähigkeit ab, da ein so starrer Eingriff die Restfähigkeiten des Betroffenen nicht ausreichend berücksichtige. Die Bestellung eines Betreuers hat keinen Einfluss auf die Geschäftsfähigkeit des Betreuten. Dieser ist nur unter den Voraussetzungen des § 104 Nr.2 BGB geschäftsunfähig. Wenn allerdings ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist, dann ist der Betreute ähnlich einem Minderjährigen in der Geschäftsfähigkeit beschränkt (vgl. § 1903 BGB).



### 3. Beschränkte Geschäftsfähigkeit

#### *a. Rechtlich vorteilhafte Erklärungen*

Der **Minderjährige**, der gemäß § 106 BGB zwar das siebte, aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, ist weder voll geschäftsfähig noch vollkommen geschäftsunfähig, sondern kann **in beschränktem Umfang** nach §§ 107 ff BGB **selbständig** wirksame Willenserklärungen abgeben. Er bedarf jedoch zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen **rechtlichen Vorteil** erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters (§ 107 BGB). Zu beachten ist, dass der wirtschaftliche Vorteil, der sich aus einem Vergleich von Leistung und Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen ergeben könnte, in keiner Weise zu berücksichtigen ist. **Verpflichtungsgeschäfte** sind dann rechtlich vorteilhaft, wenn der beschränkt Geschäftsfähige keine rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen übernimmt. Gegenseitige Verträge sind aus diesem Grund niemals rechtlich vorteilhaft, auch wenn sie wirtschaftlich gesehen sehr günstig sind. Unvollkommen zweiseitig verpflichtende Verträge, bei denen ein Vertragsteil stets verpflichtet ist, der andere nur unter bestimmten Voraussetzungen, sind ebenfalls nicht ausschließlich rechtlich vorteilhaft. Lediglich einseitig verpflichtende Verträge sind für den nicht verpflichteten Vertragsteil rechtlich vorteilhaft und können somit vom beschränkt Geschäftsfähigen ohne Einwilligung wirksam abgeschlossen werden.

**Fall:** Ein Großvater möchte seinem neun Jahre alten Enkel ein Grundstück schenken.

Durch den Schenkungsvertrag wird lediglich der Großvater verpflichtet. Der Enkel kann somit selbst wirksam das Schenkungsangebot annehmen. Wir begegnen hier aber der Frage, ob die Übereignung des Grundstücks an einen Minderjährigen wegen der damit verbundenen Pflicht zur Tragung öffentlicher Lasten (z.B. Steuern, Erschließungsbeiträge) als rechtlich nachteilig angesehen werden muss. In Literatur und Rechtsprechung wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass der unentgeltliche Erwerb eines Grundstücks lediglich einen rechtlichen Vorteil bringe. Dies sei so, da die mit dem Grundstückserwerb verbundenen öffentlichrechtlichen Verpflichtungen polizeilicher und steuerlicher Art nicht Inhalt der Auflassung (Einigung zur Eigentumsübertragung) seien. Zudem könne man in den mit dem Grundstückseigentum verbundenen öffentlichrechtlichen Pflichten nur eine Eigentumsbindung, nicht aber eine besondere Verbindlichkeit erblicken (BGHZ 15, 168). Schließlich lägen die öffentlichrechtlichen Lasten in der Regel unter dem Wert des Grundstücks (BGHZ 161, 170 (177 ff.)).

Der Fall der Schenkung eines mit Grundpfandrechten belasteten Grundstücks soll nach verbreiteter Meinung nicht anders zu beurteilen sein als die Schenkung eines unbelasteten Grundstücks, da die Haftung in jedem Fall auf das geschenkte Grundstück beschränkt ist und sich nicht auf das sonstige Vermögen des Minderjährigen ausdehnt (BGHZ 78, 28 (33)). Ein über sieben Jahre altes Kind bedarf daher zum Abschluss eines solchen Vertrages nicht der Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters. Anders verhält es sich hingegen mit der Reallast, weil diese eine persönliche Verbindlichkeit begründet (§ 1108 BGB). Probleme bereitet auch der Erwerb eines vermieteten Grundstücks, weil hier der Eigentümer nach § 566 BGB in die Pflichten des Mietvertrages eintritt. Die Auflassung ist wegen dieses Nachteils unwirksam (BGHZ 162, 137 (140)).

**Verfügungsgeschäfte** sind dann rechtlich vorteilhaft, wenn zugunsten des beschränkt Geschäftsfähigen ein Recht übertragen, aufgehoben, verändert oder belastet wird. Aufgrund des Abstraktionsprinzips ist unerheblich, ob der Verfügung ein wirksames Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegt oder nicht.

Die Erfüllung eines Anspruchs, der dem beschränkt Geschäftsfähigen zusteht, ist durch Leistung an ihn nicht möglich, da durch die Erfüllung der Anspruch erlischt, was wiederum rechtlich nachteilig ist.

### *b. Rechtlich neutrale Geschäfte*

Rechtlich neutrale Geschäfte sind solche, deren **Rechtsfolgen nur andere Personen treffen**. Geht man von dem Wortlaut des § 107 BGB aus, dann müssten rechtlich neutrale Geschäfte, die ein beschränkt Geschäftsfähiger vornimmt, zustimmungsbedürftig sein, da sie dem Minderjährigen keinen rechtlichen Vorteil bringen. Der Normzweck des § 107 BGB ist es aber, den Minderjährigen vor nachteiligen Folgen seines rechtsgeschäftlichen Handelns zu schützen. Bei rechtlich neutralem Handeln bedarf er aber keines Schutzes. Eine teleologische Auslegung (Auslegung nach dem Normzweck) des § 107 BGB ergibt somit, dass der Minderjährige auch rechtlich neutrale Geschäfte ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters tätigen darf. Eine Stütze findet diese Auslegung in der Regelung § 165 BGB, die es dem Minderjährigen erlaubt, Vertreter zu sein. Die Rechtsmacht des Vertreters ist ohnehin nur ein Zuwachs an Rechten des Minderjährigen. Die Wirkungen der Willenserklärungen des Vertreters treten nach § 164 Abs. 1 BGB nicht in dessen Person, sondern in der Person des Vertretenen ein. Für den Vertreter sind die Erklärungen rechtlich neutral und deshalb **wirksam**.

**Fall:** Der 15jährige A leiht seinem gleichaltrigen Freund B sein neues Fahrrad. B tauscht mit dem 14jährigen C das Fahrrad gegen einen Gameboy. Als A den C auf

dem Fahrrad sieht, verlangt er es heraus. C hingegen weigert sich und erklärt, dass das Fahrrad jetzt ihm gehöre.

Der Leihvertrag ist sowohl für A als auch für B mit rechtlichen Verpflichtungen verbunden (A ist zur unentgeltlichen Überlassung der Sache verpflichtet (§ 598 BGB), B hat die Kosten zur Erhaltung der Sache zu tragen (§ 601 BGB)) und demnach zustimmungsbedürftig gewesen. Ebenso verhält es sich mit dem Tauschvertrag zwischen B und C, durch den B zur Übereignung des Fahrrades und C zur Übereignung des Gameboy verpflichtet wurden. Mangels Zustimmung der gesetzlichen Vertreter sind beide Verträge unwirksam. Aufgrund des Abstraktions- und Trennungsprinzips ist jedoch zu prüfen, ob die Übereignung des Fahrrades von B an C wirksam war. Wäre B selbst Eigentümer des Fahrrades gewesen, so hätte er bei der Übereignung sein Eigentum verloren. Die Übereignungserklärung wäre rechtlich nachteilig gewesen und demzufolge ohne Zustimmung unwirksam. Jetzt hat B aber nicht sein eigenes Fahrrad, sondern das des A übereignet. Eine Übereignung ist in dieser Fallkonstellation über die §§ 929, 932 BGB auch möglich. Da demnach lediglich A sein Eigentum verliert, ist die Übereignungserklärung für B rechtlich neutral. Die Übereignung an C hat gerade deshalb Erfolg, weil B Nichtberechtigter war, C aber an die Eigentümerstellung des B glaubte. Die herrschende Meinung akzeptiert dieses Ergebnis mit der Erwägung, der Rechtsverkehr müsse soweit geschützt werden, wie dies mit dem gebotenen Schutz der Minderjährigen vereinbar sei. Der gute Glaube überwinde also auch in diesem Falle die Nichtberechtigung, wie dies die §§ 929, 932 BGB vorsehen. Andererseits wird die Meinung vertreten (Medicus), der Erwerber sei so zu stellen, wie er stünde, wenn seine Vorstellung richtig wäre. Nach Auffassung des C war B der Eigentümer. Die Übereignung wäre dann wegen des rechtlichen Nachteils fahlgeschlagen. C hätte dann also kein Eigentum erworben.

### *c. Zustimmungsbedürftige Willenserklärungen*

#### *i. Einwilligung*

Willenserklärungen, durch die der Minderjährige nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, bedürfen der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 107 BGB). Eine Einwilligung ist die **vorherige Zustimmung**. Sie kann bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerrufen werden, wobei der Widerruf sowohl dem Minderjährigen als auch dem Vertragspartner gegenüber erklärt werden kann (§ 183 BGB). Der gesetzliche Vertreter kann die Einwilligung entweder für ein einzelnes Rechtsgeschäft oder für einen begrenzten Kreis von Rechtsgeschäften (beschränkter Generalkonsens) erteilen. Eine unbegrenzte Zustimmung zu

Geschäften aller Art würde den Minderjährigenschutz des Gesetzbuches unterlaufen und ist deshalb nicht möglich.

*ii. Genehmigung*

Die Wirksamkeit eines von einem Minderjährigen ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters geschlossenen Vertrages hängt von dessen Genehmigung ab (§ 108 Abs. 1 BGB). Die Genehmigung ist die **nachträgliche Zustimmung** (§ 184 Abs. 1 BGB). Bis zur Genehmigung ist der Vertrag schwebend unwirksam. Der gesetzliche Vertreter kann die Genehmigung gegenüber dem Minderjährigen oder gegenüber dessen Vertragspartner erklären. Der Vertragspartner kann den Vertreter aber auch zur Erklärung über die Genehmigung auffordern. Dies hat zur Folge, dass die Genehmigung nur noch gegenüber dem Vertragspartner erklärt werden kann. Selbst zuvor gegenüber dem Minderjährigen erklärte Genehmigungen oder Verweigerungen werden wirkungslos. Die Genehmigung muss innerhalb von zwei Wochen erklärt werden, sonst ist der Vertrag unwirksam.

Wird ein beschränkt Geschäftsfähiger geschäftsfähig, während der Vertrag in der Schwebelage ist, so tritt seine Genehmigung an die Stelle der des gesetzlichen Vertreters (§ 108 Abs. 3 BGB). Solange der Vertrag in der Schwebelage liegt, kann der Vertragspartner den Vertrag widerrufen, wenn er nichts von der beschränkten Geschäftsfähigkeit wusste oder wenn der Minderjährige der Wahrheit zuwider die Einwilligung des Vertreters behauptet hat und dem Vertragspartner das Fehlen der Einwilligung nicht bekannt war (§ 109 BGB).

*d. „Taschengeldparagraph“*

Schließt ein Minderjähriger ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters einen Vertrag, so ist dieser von Anfang an wirksam, wenn die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt wird, die ihm zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind (§ 110 BGB). In der Überlassung der Mittel liegt eine konkludente Einwilligung. Das Geschäft wird erst durch Erfüllung wirksam. Ein vom Minderjährigen geschlossener Ratenkaufvertrag wird somit erst mit Zahlung der letzten Rate wirksam. Folgegeschäfte, die der Minderjährige mit Mitteln bewirkt, die er aus einem nach § 110 wirksamen Rechtsgeschäft erworben hat, sind nicht automatisch von der in § 110 BGB normierten Einwilligung erfasst. Ein Minderjähriger, der sich von seinem Taschengeld ein Rubbellos kauft, bei dem er 1000 € gewinnt, kann sich nicht ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter von den 1000 € eine Stereoanlage kaufen.

*e. Erweiterte Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen*

Manchmal besteht ein Bedürfnis dafür, den Minderjährigen eine größere Selbständigkeit einzuräumen. Dies ist der Fall, wenn der Minderjährige vom gesetzlichen Vertreter **ermächtigt** wurde, **selbständig ein Erwerbsgeschäft zu führen** oder **ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis einzugehen**. Gemäß der §§ 112, 113 BGB ist er für diese Bereiche dann unbeschränkt geschäftsfähig. Die Ermächtigung kann jedoch auch wieder zurückgenommen werden (§§ 112 Abs. 2, 113 Abs. 2 BGB).

Zum Schutz des Minderjährigen sind einige Entscheidungen der gesetzlichen Vertreter an eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden. Soweit die erweiterte Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen reicht, ist der gesetzliche Vertreter seinerseits nicht mehr zur Vertretung des Minderjährigen befugt. Die Ermächtigung in den Fällen der §§ 112, 113 BGB hat auch zur Folge, dass der Minderjährige für den genannten Kreis von Geschäften prozessfähig wird. Die Prozessfähigkeit knüpft in § 52 ZPO an die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit an.

*f. Einwilligungsbefürftige einseitige Rechtsgeschäfte*

Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der beschränkt Geschäftsfähige ohne die erforderliche Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters vornimmt, ist unwirksam. Liegt die Einwilligung nicht in schriftlicher Form vor, so ist das Rechtsgeschäft dann unwirksam, wenn es der Erklärungsempfänger unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 Abs. 1 BGB), aus diesem Grund zurückweist. Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der gesetzliche Vertreter den Erklärungsempfänger von der Einwilligung in Kenntnis gesetzt hat. Bei einseitigen Rechtsgeschäften, die lediglich rechtlich vorteilhaft sind, ist nur § 107 BGB anwendbar, der insoweit dem § 111 BGB vorgeht. § 111 BGB greift ausnahmsweise nicht ein, wenn der Betroffene in Kenntnis der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Handelnden damit einverstanden ist, dass die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters abhängig ist. Er hat dann die Rechtsunsicherheit bewusst in Kauf genommen, so dass er des besonderen Schutzes des § 111 BGB nicht bedarf. Die Wirksamkeit einseitiger Rechtsgeschäfte gegenüber Minderjährigen beurteilt sich nach § 131 BGB.

#### 4. Bagatellgeschäfte des täglichen Lebens

Im Jahre 2002 hat der Gesetzgeber eine neue Vorschrift in das BGB eingefügt, die es volljährigen Geschäftsunfähigen ermöglichen soll, sog. Bagatellgeschäfte des täglichen Lebens wirksam abzuwickeln.

§ 105a BGB fingiert bei von einem volljährigen Geschäftsunfähigen getätigten Bagatellgeschäften des täglichen Lebens für den Fall der vollständigen Leistungsbewirkung die Wirksamkeit der vertraglichen Hauptleistungspflichten und schafft so zum Zwecke der Verhinderung der ansonsten eingreifenden Rückabwicklung für beide Vertragspartner einen gesetzlichen Rechtsgrund zum Behaltendürfen der empfangenen Leistung.

##### *a. Ziele des Gesetzgebers*

§ 105a BGB soll nach dem Willen des Gesetzgebers dem Ziel dienen, die rechtliche Stellung geistig behinderter Menschen im Privatrechtsverkehr zu verbessern, ohne dabei aus dem Auge zu verlieren, dass es einen bestimmten Grad geistiger Behinderung gibt, „den die Rechtsordnung in der Wirklichkeit vorfindet und der nicht durch Normen aus der Welt geschafft werden kann“. Letzterer Einsicht soll dadurch Rechnung getragen werden, dass § 105a BGB die Definition der natürlichen Geschäftsunfähigkeit ebenso unberührt lässt wie die Rechtsfolgenbestimmung der Nichtigkeit der Willenserklärung eines Minderjährigen in § 105 BGB (BT-Drs. 14/9266, S. 43). Dies wird dadurch erreicht, dass § 105a BGB anders als § 110 BGB keine Heilungsvorschrift für das gesamte schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft beinhaltet, die auf dem Prinzip „Konvaleszenz durch Erfüllung“ aufbaut, sondern vielmehr im Zeitpunkt der Bewirkung von Leistung und Gegenleistung mit der Fiktion der Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrages bezogen auf Leistung und Gegenleistung arbeitet. Das darin verwirklichte Modell des „Rückabwicklungsausschlusses kraft Erfüllung“ lehnt sich nach Auffassung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages „an die vor allem aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis bekannte Wirksamkeit von „necessaries“-Verträgen an (BT-Drs. 14/9266, S. 43). Diese dogmatische Konstruktion soll im Gegensatz zu dem Modell des § 110 BGB dazu führen, dass lediglich die Rückabwicklung von erbrachter Leistung und Gegenleistung ausgeschlossen wird, ohne dass darüber hinaus „gegenseitige Vertragspflichten, die dem Schutz des Geschäftsunfähigen zuwiderlaufen könnten, begründet werden“ (BT-Drs. 14/9266, S. 43). Dabei geht die die Einführung des § 105a BGB befürwortende Mehrheit des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages davon aus, dass die Vorschrift voraussetze, dass „eine Bewirkung von Leistung und

Gegenleistung durch den Geschäftsunfähigen möglich sein muss, da nur dann die in Satz 1 angeordnete Fiktionswirkung eintreten kann. Daraus ergibt sich, dass für diese Zwecke die Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts bzw. der Erfüllungsgeschäfte, mit denen typischerweise die Bewirkung der Leistungen vollzogen wird, nicht daran scheitern darf, dass der Geschäftsunfähige keine wirksame Willenserklärung abgeben kann“ (BT-Drs. 14/9266, S. 43).

### *b. Regelungsprinzipien*

Wenn man wie der Gesetzgeber einerseits an der strikten Unterscheidung zwischen Geschäftsunfähigkeit und beschränkter Geschäftsfähigkeit festhalten will und andererseits volljährigen Geschäftsunfähigen einen kleinen Freiraum zur rechtsgeschäftlichen Betätigung bei geringfügigen Alltagsgeschäften einräumen will, so ist es zunächst einmal folgerichtig, dass man nicht einfach § 110 BGB kopiert und damit einen „Taschengeldparagrafen“ für volljährige Geschäftsunfähige schafft. Denn § 110 BGB geht in Anerkennung der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen sehr weit, wenn er mit der Erfüllung eines rechtlich nachteiligen, schwebend unwirksamen Vertrages durch den Minderjährigen dessen vollständiges Wirksamwerden verbindet. Zwar ist dann immer noch dadurch eine Rückanbindung an den Willen des gesetzlichen Vertreters gewahrt, dass dieser zum Verfügungsgeschäft seine Zustimmung erteilt haben muss. Auch wird der Verpflichtungsschutz dadurch gewährt, dass der Minderjährige keine wirksamen Verpflichtungen über seinen Barbestand hinaus begründen kann. Aber dennoch ist es denkbar, dass der Minderjährige infolge der mit der Erfüllung verbundenen Heilung des Verpflichtungsgeschäfts weitergehenden vertraglichen Verpflichtungen, insbesondere zur Leistung von Schadensersatz wegen Pflichtverletzung (z.B. aus § 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB, ausgesetzt wird. Eine solch weitgehende Regelung für den volljährigen Geschäftsunfähigen wäre ohne Einebnung der Unterschiede zwischen Geschäftsunfähigkeit und beschränkter Geschäftsfähigkeit nicht möglich und überdies auch rechtspolitisch verfehlt gewesen.

Aus diesem Grunde hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, mit der Erfüllung die Fiktion der Vertragswirksamkeit zu verbinden und die Reichweite der Fiktion auf die jeweiligen Hauptleistungspflichten zu beschränken. Damit wird zum einen dem § 110 BGB zu Grunde liegendem Prinzip der Heilung des gesamten vertraglichen Schuldverhältnisses durch Erfüllung eine Absage erteilt, zum anderen aber auch zur Betonung der Unterschiede zwischen Geschäftsunfähigkeit und beschränkter Geschäftsfähigkeit an die Stelle der Heilung die Fiktion gesetzt. Hierdurch wird im Ergebnis ein gesetzlicher Rechtsgrund zum Behaltendürfen

geschaffen, der eine Rückabwicklung der erbrachten Leistungen aus § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB verhindert.

Soweit der Gesetzgeber zur Betonung der Unterschiedlichkeit von Geschäftsunfähigkeit und beschränkter Geschäftsfähigkeit auf das Mittel der Fiktion an Stelle des Heilungsprinzips zurückgreift, ist das bei rechtspolitischer Betrachtung nur konsequent. Soweit er allerdings die Reichweite der Fiktion ausnahmslos auf die Hauptleistungspflichten beschränkt, ist er über das Ziel des vermeintlichen Schutzes des Geschäftsunfähigen hinaus geschossen. Diese beschränkte Reichweite kann sich nämlich jederzeit zu Lasten des Geschäftsunfähigen auswirken, wenn er bei Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung einen ihm rechtlich vorteilhaften Anspruch gegen seinen Vertragspartner (z.B. aus § 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB) hätte. An Vorbildern, dem Geschäftsunfähigen, die rechtlichen Vorteile aus dem Vertragsverhältnis zu sichern, ihn aber vor den rechtlichen Nachteilen zu schützen, hätte es nicht gefehlt. Insofern hätte sich eine Parallele zu den Grundsätzen über die Haftung nicht voll Geschäftsfähiger aus vorvertraglichen Schuldverhältnissen angeboten, wonach der nicht voll Geschäftsfähige analog § 104 BGB, § 105 BGB nicht aus vorvertraglichem Schuldverhältnis (§ 311 Abs. 2 BGB, § 241 Abs. 2 BGB) haftet, wohl aber aus einem solchen Schuldverhältnis berechtigt werden kann (grundlegend: Canaris, Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus „culpa in contrahendo“, Gefährdung und Aufopferung, NJW 1964, 1987, 1989). Dieses flexible Modell hätte es ermöglicht, nicht nur beiden Parteien zur Verhinderung einer unerwünschten Rückabwicklung die empfangenen Leistungen zu erhalten, sondern darüber hinaus dem Geschäftsunfähigen die wohlerworbenen vertraglichen Ansprüche zu sichern. Es wäre daher der Regelung des § 105a BGB de lege ferenda vorzuziehen.

Die Norm ist insgesamt nicht besonders geschickt formuliert: Wenn § 105a BGB keine Regelung über die Wirksamkeit des von einem Geschäftsunfähigen vorgenommenen Erfüllungsgeschäftes enthält, sondern eine solche allenfalls voraussetzt, es aber zugleich bei den allgemeinen Regeln verbleibt, wonach eben jedwede Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig ist, dreht sich der Rechtsanwender im Kreis: Die auf das Verpflichtungsgeschäft bezogenen Rechtsfolgen greifen nur bei Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäftes ein, das aber seinerseits niemals wirksam sein kann. Diesen „Teufelskreis“ kann man nur auflösen, wenn man § 105a BGB den Sinn beilegt, dass er neben der Fiktion der Wirksamkeit des Verpflichtungsvertrages in Ansehung von Leistung und Gegenleistung zugleich auch die Fiktion der Wirksamkeit der Erbringung von Leistung und Gegenleistung zu Grunde liegenden Erfüllungsgeschäfte beinhaltet.



### *c. Anwendungsvoraussetzungen*

Der Kreis der von § 105a BGB erfassten Geschäfte betrifft sowohl entgeltliche als auch unentgeltliche Verträge. Auf existenznotwendige Geschäfte im engeren Sinne wird dabei nicht abgestellt. Das Tatbestandsmerkmal „täglich“ verlangt nicht, dass das in Betracht kommende Geschäft notwendigerweise jeden Tag vorgenommen werden müsste. Entscheidend ist vielmehr, ob die Verkehrsauffassung das Geschäft zu den alltäglichen zählt. In Betracht kommen etwa:

- Erwerb von Gegenständen des täglichen Bedarfs „wie einfache, zum alsbaldigen Verbrauch bestimmte Nahrungs- bzw. Genussmittel, die nach Menge und Wert das übliche Maß nicht übersteigen (z.B. Lebensmittel), kosmetische Artikel (z.B. Zahnpasta), einfache medizinische Produkte (z.B. Halbschmerztabletten), Presseerzeugnisse (z.B. Illustrierte), Textilien“
- einfache Dienstleistungen wie „z.B. Friseur, Versendung von Briefen, Museumsbesuch, Fahrten mit dem Personennahverkehr“.

Die Leistung muss mit geringen Mitteln, typischerweise also im Wege der Barzahlung, bewirkt werden können. Das Merkmal „geringwertig“ lässt bei grammatikalischer Auslegung sowohl eine Orientierung an den individuellen wirtschaftlichen Verhältnissen des Geschäftsunfähigen als auch eine personenunabhängige Orientierung am durchschnittlichen Preis- und Einkommensniveau zu. Gerade der Blick nach Österreich, wo das ähnliche Merkmal „geringfügig“ in ABGB § 273a Abs. 2 teils objektiv nach den allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnissen (Pichler in: Peter Rummel (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1990, § 151 Rn. 11) teils individuell nach den individuellen wirtschaftlichen Verhältnissen des Geschäftsunfähigen (Schwimann in: Michael Schwimann (Hrsg.), Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen, 1997, § 273a Rn. 5) ausgelegt wird, zeigt, dass die Auslegung des Merkmals in sprachlicher Hinsicht nicht zwingend vorgezeichnet ist. Dennoch lässt sich für § 105a BGB ein eindeutiges Auslegungsergebnis mit Hilfe der weiteren Auslegungsmethoden gewinnen. So spricht bereits der eindeutige Wille des Gesetzgebers, der für eine objektive Orientierung am durchschnittlichen Preis- und Einkommensniveau plädiert hat (BT-Drs. 14/9266, S. 43), gegen eine Orientierung an den individuellen Verhältnissen des Geschäftsunfähigen. Hinzu kommt das vom Gesetzgeber zu Recht für seine Auffassung angeführte teleologische Argument, dass nur ein überindividueller Maßstab die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleisten und verhindern kann, dass § 105a BGB im Rechtsalltag auf Grund der mit ihm verbundenen Unsicherheiten zahlreiche gerichtliche Verfahren auslöst (BT-Drs. 14/9266, S. 43). Schließlich spricht auch das objektiv-teleologische Argument des

Schutzes des Geschäftsunfähigen für einen objektiven Maßstab. Denn ein individueller Maßstab würde zwangsläufig dazu führen, dass etwa bei einem geschäftsunfähigen Multimillionär eine relativ hohe Obergrenze für die Geringwertigkeit zu ziehen wäre. Dies ist aber mit dem Ziel des Schutzes des Geschäftsunfähigen nicht zu vereinbaren, da dessen Schutzwürdigkeit nicht mit der Höhe seines Vermögens abnimmt. Mithin ist im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers § 105a BGB so zu verstehen, dass es eine objektiv zu bestimmende Geringwertigkeitsgrenze gibt, die sich am durchschnittlichen Preis- und Einkommensniveau orientiert.

Die Festlegung, wo genau nun diese Obergrenze verläuft, ist wie jede Grenzziehung notwendig willkürlich. Dennoch ist sie im Interesse der Rechtssicherheit notwendig. Im Hinblick auf die derzeitigen Preis- und Einkommensverhältnisse erscheint bei § 105a BGB eine Geringwertigkeitsgrenze von 25 € als angemessen, da bei darüber liegenden Beträgen nach der Verkehrsanschauung derzeit von auch nicht abstrakt gefährlichen Bagatellgeschäften nicht mehr die Rede sein kann.

Der Wert soll sich nach den Worten des Gesetzgebers „jeweils auf den Vertragsschluss insgesamt“ beziehen, so dass, wenn beispielsweise mehrere Dinge mit ein und demselben Kauf erworben würden, es „zum Schutze des Geschäftsunfähigen vor Verschwendung“ auf den Gesamtkaufpreis ankomme (BT-Drs. 14/9266, S. 43). Entscheidend darf für die Anwendung des § 105a BGB nicht sein, ob es sich bei dem Erwerb mehrerer Dinge materiellrechtlich um einen oder mehrere Kaufverträge handelt, sondern dass es sich bei einer vereinbarten Austauschbeziehung mit derselben Person bei einer an der Verkehrsanschauung ausgerichteten natürlichen Betrachtungsweise um ein und denselben Lebenssachverhalt handelt. Daher spielt es für die Anwendung des § 105a BGB etwa in dem Fall, dass ein volljähriger Geschäftsunfähiger für eine Nacht ein Hotelzimmer mietet und sogleich bezahlt und anschließend im Hotel-Restaurant ein sofort beglichenes opulentes Abendessen einnimmt und zum Abschluss in der Hotelbar einige Schnäpse konsumiert, nicht auf die Frage an, ob es in dem Fall zum Abschluss nur eines oder mehrerer Verträge gekommen ist, sondern alleine darauf, dass es sich bei diesem Geschehen um einen einheitlichen zusammenhängenden Lebenssachverhalt handelt, so dass der Zimmerpreis, der Preis des Abendessens und der Preis der in der Bar konsumierten Alkoholika zusammenzurechnen sind.

Satz 2 ordnet an, dass die Fiktionswirkung dann nicht eingreift, wenn eine erhebliche Gefahr für die Person oder das Vermögen des Geschäftsunfähigen besteht. Dabei muss sich die abzuwendende Gefahr aus der Fiktionswirkung oder

genauer gesagt aus der durch sie geschaffenen Rückabwicklungssperre ergeben. Dabei kann sich die Gefahr zum einen aus der vom Geschäftsunfähigen abgeflossenen Leistung ergeben. Die Gefahr für die Person oder das Vermögen des Geschäftsunfähigen muss dann daraus resultieren, dass ihm der weggegebene Vermögensgegenstand nicht mehr zur Verfügung steht. Da dieser Vermögensgegenstand zugleich „geringwertig“ sein muss, lassen sich kaum Fälle vorstellen, in denen aus der Weggabe eines solchen Vermögensgegenstandes eine erhebliche Gefahr für die Person oder das Vermögen des Geschäftsunfähigen resultiert. Theoretisch denkbar wäre insoweit etwa der Fall, dass der Geschäftsunfähige derart mittellos ist, dass er buchstäblich auf jeden Cent angewiesen ist, so dass im Hinblick darauf jeder Vermögensabfluss sein Vermögen erheblich gefährdet. Ferner wäre vorstellbar, dass er zu dem fortgegebenen Vermögensgegenstand eine derartige psychische Bindung entwickelt hat, dass ihm beim Bewusstwerden des „Verlustes“ des Gegenstandes ernsthafte psychische Folgewirkungen drohen. Realistischer sind insoweit Gefahren, die dem Geschäftsunfähigen aus dem Behaltendürfen der empfangenen Leistung drohen. Hier kann man etwa an den Erwerb von Lebens- oder sonstigen Genussmitteln denken, deren Verzehr zu einer schweren Gesundheitsschädigung beim Geschäftsunfähigen führen könnten, wie etwa beim Erwerb von Alkohol durch einen „trockenen“ geschäftsunfähigen Alkoholiker. Ferner können sich beispielsweise erhebliche Gefahren für das Vermögen des Geschäftsunfähigen aus dem Erwerb von Gegenständen ergeben, bei deren sich abzeichnender unsachgemäßer Verwendung durch den Geschäftsunfähigen sich für diesen unabsehbare Haftungsrisiken abzeichnen, wie etwa beim Erwerb eines Küchenmessers durch einen unkontrolliert aggressiven Geschäftsunfähigen. In diesen Fällen sind umso geringere Anforderungen an das die Gefahrenlage begründende Wahrscheinlichkeitsurteil zu stellen, je höher das Maß des zu erwartenden Schadens ist. Dieses muss allerdings - wie in den vorstehenden Beispielen ersichtlich - massiv - sein, da nur dann das Merkmal der „Erheblichkeit“ erfüllt ist.

---

### *III. Zustimmungserfordernisse*

Verlangt das Gesetz, dass eine Willenserklärung der Zustimmung eines Dritten bedarf, so werden damit unterschiedliche Zwecke verfolgt.

Bedarf die Willenserklärung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder einer Behörde, so dient dies dem **Schutz des Erklärenden vor rechtlich**

**nachteiligen Folgen** seiner Erklärung. Der Schutz Minderjähriger im Rechtsverkehr ist auf diese Art und Weise gewährleistet (vgl. § 107 BGB; §§ 1643, 1822 BGB).

In anderen Fällen bedarf ein Geschäft der Zustimmung eines Dritten, weil es zugleich **in dessen Rechtskreis** eingreift. Dem Dritten wird dadurch die Möglichkeit gegeben, seine eigenen Interessen wahrzunehmen (z.B. §§ 415, 1183 BGB). Bei der Vornahme von Geschäften, welche die gemeinsame Lebensführung von Ehegatten berühren, bedarf ein Ehegatte der Zustimmung des anderen (z.B. §§ 1365, 1369 BGB).

Soll die Willenserklärung von einer Person einer anderen zugerechnet werden, so bedarf sie der Zustimmung des Betroffenen. Die Zustimmung dient hier also dem Schutz der Interessen **dessen, dem das Rechtsgeschäft zugerechnet wird**, ohne dass er es selbst vorgenommen hat. Typische Fälle sind die Stellvertretung (§§ 164 ff BGB) und die Verfügung des Nichtberechtigten (§ 185 BGB).

## 1. Arten der Zustimmung

Man unterscheidet die vorherige Zustimmung, auch Einwilligung genannt, von der nachträglichen, auch Genehmigung genannt. Die behördlichen Zustimmungen werden grundsätzlich Genehmigungen genannt. Einwilligung und Genehmigung sind in den §§ 182 bis 185 BGB geregelt.

## 2. Einwilligung und Genehmigung

Liegt die erforderliche Zustimmung bereits bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts vor, so ist dieses vorbehaltlich sonstiger Gültigkeitsmängel gültig. Mangelt es dagegen an der Zustimmung zum Zeitpunkt der Vornahme, so ist das Geschäft bis zur Entscheidung über die Erteilung oder Nichterteilung der Genehmigung schwebend unwirksam.

Die **Einwilligung** kann **bis zur Vornahme** des Rechtsgeschäfts **widerrufen** werden, wobei der Widerruf sowohl dem einen als auch dem anderen Teil gegenüber erklärt werden kann (§ 183 BGB). Sie ist ausnahmsweise unwiderruflich, wenn das Gesetz die Widerruflichkeit ausschließt (z.B. § 876 S. 3 BGB). Die **Genehmigung wirkt**, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts **zurück** (§ 184 Abs. 1 BGB). Das Reichsgericht hatte in RGZ 65, 245 zu entscheiden, ob sich die Rückwirkung der

Genehmigung auch auf den Beginn der Verjährungsfrist erstreckt. Die Verjährung eines Anspruchs erfordert, dass der Anspruch entstanden ist, also geltend gemacht werden konnte, während dieser Frist aber nicht geltend gemacht worden ist. Vor Erteilung der Genehmigung konnte der Anspruch keineswegs geltend gemacht werden, da er aktuell noch nicht entstanden war. Die rechtliche Fiktion der Rückwirkung erstreckt sich also nicht auf den Lauf der Verjährung.

Handelt es sich bei dem zustimmungsbedürftigen Geschäft um ein einseitiges Rechtsgeschäft, so ergibt sich aus den §§ 111, 180 Satz 1, 1831 BGB der allgemeine Grundsatz, dass die Zustimmung nur durch Einwilligung erfolgen kann. Nimmt der Dritte mit einer Einwilligung ein solches Rechtsgeschäft einem anderen gegenüber vor, so ist das Rechtsgeschäft gleichwohl unwirksam, wenn der Dritte die Einwilligung nicht in schriftlicher Form vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Die Zurückweisung ist allerdings ausgeschlossen, wenn der Einwilligende den Geschäftsgegner von der Einwilligung in Kenntnis gesetzt hatte (§§ 182 Abs. 3, 111 Satz 2, 3 BGB).

Einwilligung, Genehmigung und Verweigerung der Genehmigung sind für sich alleine betrachtet einseitig gestaltende Rechtsgeschäfte und unterliegen als solchen den Vorschriften über die Willenserklärung.

Die Zustimmungserklärung bedarf grundsätzlich nicht der für das zustimmungsbedürftige Geschäft vorgeschriebenen Form. Eine Ausnahme kann sich jedoch aus dem Zweck der Formvorschrift ergeben. Bezweckt die Vorschrift vornehmlich denjenigen, für den das Geschäft wirksam werden soll, vor Übereilung und Unbedachtsamkeit zu schützen, dann wird dieser Zweck verfehlt, wenn das von einem anderen für ihn zwar formgerecht abgeschlossene, aber mangels Genehmigung schwebend unwirksame Geschäft durch formlose Erklärung wirksam wird. Diese Auffassung ist nicht unumstritten. Der Schutzgedanke, der dahinter steht, kommt in gesetzlichen Vorschriften zur Geltung, in denen für die Zustimmungserklärung ausdrücklich eine bestimmte Form vorgeschrieben wird (z.B. § 1516 Abs. 2 Satz 3 BGB).

### **3. Verfügungsermächtigung**

Eine Verfügung, die ein **Nichtberechtigter** über einen Gegenstand trifft, ist dann wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt (§ 185 Abs. 1 BGB) oder der Berechtigte sie genehmigt (§ 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB). Der Genehmigung stehen die Fälle der Konvaleszenz gleich. Eine Konvaleszenz liegt vor, wenn der Verfügende den Gegenstand der Verfügung nachträglich erwirbt

(§ 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB) oder der Berechtigte den Verfügenden beerbt und für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (§ 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 3 BGB). Als Nichtberechtigter ist jeder anzusehen, der nicht zur Verfügung über das Recht berechtigt ist, unter Umständen also auch der Eigentümer, wenn ihm die Verfügungsmacht entzogen ist.

## *Gültigkeitsgrenzen eines Rechtsgeschäfts*

---

Der Gültigkeit von Willenserklärungen können sowohl die schon erläuterten **Mängel beim Zustandekommen** der Willenserklärung (wie Willensmängel, mangelnde Geschäftsfähigkeit) wie auch die ebenfalls schon besprochenen **Mängel im Erklärungsvorgang** (z.B. fehlender Zugang, Formmängel) entgegenstehen.

Daneben stellt die Rechtsordnung aber auch **gewisse Mindestanforderungen** an den Inhalt von Rechtsgeschäften. Derartige Mindestanforderungen an die inhaltliche Gestaltung finden sich insbesondere in den **Gültigkeitsschranken der §§ 134, 138 BGB**. Gemäß § 134 BGB sind Rechtsgeschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, nichtig. Gemäß § 138 BGB gilt Gleiches für Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen.

Man kann sich fragen, ob die in der Normierung inhaltlicher Mindestanforderungen zu sehende Inhaltskontrolle nicht gegen den im Zivilrecht geltenden, verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten Grundsatz der Privatautonomie und Vertragsfreiheit verstößt. Dies ist jedoch zu verneinen. Zwar beinhaltet der Grundsatz der Privatautonomie gerade auch die Freiheit, den Inhalt des Rechtsgeschäfts frei bestimmen zu können. Die Vertragsfreiheit muss aber dort ihre Schranken finden, wo überragende Interessen der Allgemeinheit oder grundlegende Wertentscheidungen der Rechtsordnung gefährdet sind. Weiterhin sind dann Schranken zu setzen, wenn die Intention der Vertragsfreiheit, die Selbstbestimmung des Einzelnen zu ermöglichen, grundlegend bedroht ist (etwa

dadurch, dass eine einseitige Machtstellung zur Ausnutzung des Schwächeren missbraucht wird). Diesen Zwecken dienen die Gültigkeitsschranken der §§ 134, 138 BGB.

---

### *I. Gesetzeswidrigkeit (§ 134 BGB)*

§ 134 BGB ordnet an: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“.

Diese Bestimmung dient der **Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung**. Sie entspringt der Überlegung, dass ein Verhalten nicht einerseits gesetzlich verboten sein und andererseits rechtsgeschäftlich zum Gebot erhoben werden kann. So leuchtet beispielsweise ohne Weiteres ein, dass die Rechtsordnung, die den Mord in § 211 StGB mit Strafe sanktioniert, nicht an anderer Stelle eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zu diesem Verhalten ermöglichen kann.

§ 134 BGB ist jedoch bei genauer Betrachtung keinesfalls so zu verstehen, dass jeder Verstoß gegen ein Gesetz zur Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes führt. Vielmehr muss bei einem Gesetzesverstoß zunächst geprüft werden, ob es sich bei der in Frage stehenden Norm um ein **Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB** handelt. Wenn dies zu bejahen ist, stellt sich als nächstes die Frage, ob der **Sinn und Zweck der Verbotsnorm** die Nichtigkeit des betreffenden Geschäfts verlangt. Dass dies nicht immer der Fall sein muss, zeigt schon der zweite Halbsatz des § 134 BGB.

Nach herrschender und richtiger Auffassung setzt § 134 BGB nicht die **Kenntnis** der Verbotsnorm durch die Parteien voraus. Auch die Verletzung eines beiden Parteien unbekanntem Verbots macht einen Vertrag somit nichtig, wenn Sinn und Zweck des Verbots dies erfordern. Dies ergibt die Überlegung, dass auch die unbewusste Übertretung ohne Eingreifen des § 134 BGB zu dem Ergebnis führen würde, dass gesetzlich Verbotenes rechtsgeschäftlich geboten wäre. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Verbotsgesetz die Nichtigkeitsfolge selbst ausdrücklich oder nach seiner ratio auf die Fälle bewusster Übertretung beschränkt.

#### **1. Verbotsgesetz**

Eine Norm stellt ein gesetzliches Verbot **i.S.d. § 134 BGB** dar, wenn sie bestimmte Rechtsgeschäfte wegen ihres Inhalts oder wegen besonderer Umstände ihrer



Vornahme untersagt, wenn sie mit anderen Worten deren Vornahme verhindern will, weil sie sie für schädlich hält oder aus einem anderen Grunde missbilligt.

Dabei ist gemäß Art. 2 EGBGB „Gesetz“ i.S.d. BGB jede Rechtsnorm. Gesetzliche Verbote können sich also nicht nur aus formellen Gesetzen, sondern auch aus Rechtsverordnungen, autonomen Satzungen, Vorschriften des europäischen Gemeinschaftsrechts und aus Gewohnheitsrecht ergeben.

Zu beachten ist allerdings, **dass die Anwendung des § 134 BGB das grundsätzliche Bestehen rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmöglichkeit voraussetzt**. Verbotsnormen wollen ein bestimmtes Verhalten innerhalb des Rahmens rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmöglichkeiten verhindern. Kein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB liegt demnach vor, wenn die Norm den Raum für privatautonomes, rechtsgeschäftliches Handeln schon als solchen einengt.

Letzteres ist etwa dann der Fall, wenn zwingende Gesetzesbestimmungen die Privatautonomie dadurch einschränken, dass sie die Parteien auf bestimmte, näher geregelte Rechts- und Geschäftstypen beschränken. So gilt im Sachenrecht, in Teilen des Familienrechts und im Erbrecht Typenzwang. Für Rechtsgeschäfte, die nicht einem der normierten Typen entsprechen, ist kein Raum, und sie sind daher ungültig, ohne dass es der Anwendung des § 134 BGB bedürfte. So wäre beispielsweise die Bestellung einer Hypothek an einem Auto nichtig, weil Hypotheken gemäß § 1113 Abs. 1 BGB lediglich an Grundstücken bestellt werden können. Eines Rückgriffs auf § 134 BGB bedürfte es zur Begründung dieses Ergebnisses nicht.

Auch im Schuldrecht finden sich zwingende Normen, die rechtsgeschäftlichen Gestaltungen mit gegenläufigem Inhalt keinen Raum lassen und ohne § 134 BGB zur Nichtigkeit führen. Viele Regelungen des Dienstvertrags- oder Wohnraummietrechts, die dem Schutz der sozial schwächeren Partei dienen, sind etwa auf diese Weise zwingend ausgestaltet. Ein weiteres Beispiel ist der das gesamte Schuldrecht prägende Grundsatz von Treu und Glauben. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz kann ebenfalls, ohne dass es des Rückgriffs auf § 134 BGB bedürfte, zur Nichtigkeit von Rechtsgeschäften führen.

Auch wenn bestimmte Rechte generell oder unter bestimmten Voraussetzungen für unübertragbar erklärt werden (wie etwa in §§ 399, 400, 514 BGB), handelt es sich nicht um gesetzliche Verbote i.S.d. § 134 BGB. Diese Bestimmungen lassen gegenläufigen Rechtsgeschäften schon als solchen keinen Raum.

**Beispiel:** A nimmt ein Darlehen bei B auf. Beide vereinbaren, dass die Forderung des B nicht abgetreten werden könne. Tritt B nunmehr die Forderung an C ab, so ist diese Verfügung schon nach § 399 BGB aufgrund der entgegenstehenden Vereinbarung nichtig.

Weiterhin gehören Normen, die einer Person für bestimmte Fälle die Disposition über ihr Vermögen entziehen, wie etwa der § 2211 BGB oder die §§ 80, 81 InsO, nicht zu den gesetzlichen Verboten i.S.d. § 134 BGB. Diese Normen wollen die vermögensrechtliche Dispositionsfreiheit einer Person beschränken, nicht aber einzelne Rechtsgeschäfte ihres Inhalts oder ihrer Umstände wegen verhindern. Gleiches gilt für Normen, die die Verfügungsmacht gesetzlicher Vertreter und der durch Gerichte bestellten Vermögensverwalter beschränken.

Alle soeben genannten Normen führen aus sich heraus zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, ohne dass es einer Anwendung des § 134 BGB bedürfte.

Man kann also präzisierend sagen, dass ein **gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB** dann vorliegt, wenn eine Norm für bestimmte Fälle die Vornahme eines Rechtsgeschäfts, das nach seiner allgemeinen Natur möglich ist, mit Rücksicht auf seinen Inhalt, auf die Umstände seiner Vornahme oder auf einen rechtlich missbilligten Erfolg untersagt.

Daraus ergibt sich, dass die meisten Verbotsgesetze nicht im BGB, das den Rahmen der Privatautonomie absteckt, sondern in Spezialgesetzen zu finden sind.

Verbotsnormen liegen insbesondere dann vor, wenn ein solches Gesetz die Vornahme eines Geschäfts unter Androhung einer Sanktion (Strafe, Entziehung einer Erlaubnis u.ä.) untersagt.

Bei der Auslegung einer Bestimmung dahin, ob sie eine Verbotsnorm darstellt, ist der Wortlaut ein wichtiges Indiz (aber auch nur ein Indiz!). Sagt das Gesetz, ein Geschäft „könne“ nicht vorgenommen werden oder eine Rechtsfolge „könne“ nicht vereinbart werden (Bsp.: §§ 181, 276 Abs. 2, 419 Abs. 3, 719 Abs. 1 BGB), so handelt es sich regelmäßig nicht um ein Verbot, sondern um eine Einschränkung des rechtsgeschäftlichen Könnens überhaupt. Anders ist es zumeist dann, wenn der Wortlaut des Gesetzes „soll nicht“, „darf nicht“ oder „ist unzulässig“ lautet. Hier handelt es sich in der Regel um das Verbot eines abweichenden Handelns.

Weiterhin ist zu beachten, dass es Normen gibt, die zwar Verbotsnormen darstellen, bei denen es aber einer Anwendung des § 134 BGB nicht bedarf, weil sie die

Nichtigkeit der gegen das Verbot verstößenden Geschäfte selbst anordnen (Bsp.: § 32 SGB I).

## 2. Folgen des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz

Wie schon erwähnt, zieht nicht jeder Verstoß gegen ein Verbotsgesetz die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich. Vielmehr ist, wenn eine ausdrückliche Anordnung fehlt, das Verbotsgesetz daraufhin auszulegen, ob ein dem Verbot zuwiderlaufendes Geschäft nichtig sein soll oder ob der Verstoß nur andere Sanktionen (wie insbesondere Schadensersatzpflichten) nach sich zieht. Die Beantwortung dieser Frage hängt maßgeblich vom **Zweck des Verbots** ab. Zunächst ist danach zu fragen, ob das Gesetz das Geschäft selbst (wegen seines Inhalts oder wegen der mit ihm verfolgten Zwecke) untersagt, oder ob es nur die äußeren Umstände seiner Vornahme missbilligt.

Untersagt das Gesetz ein **Rechtsgeschäft wegen seines Inhalts oder wegen des verfolgten Zweckes**, so zieht ein Verstoß zumeist die Nichtigkeit des verbotenen Geschäfts nach sich. Beispiele hierfür sind etwa die Verbote der Sachhehlerei (§ 259 StGB), der Beamtenbestechung (§§ 331 ff. StGB) oder des Handels mit menschlichen Organen (§ 17 TransplantG). Besonderheiten gelten, wenn das Verbot lediglich dem Schutz einer Partei dient, denn hier kann die völlige Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts diesem Schutzzweck zuwiderlaufen.

Missbilligt die Verbotsnorm das Geschäft hingegen nur wegen seiner **äußeren Umstände** (z.B. wegen Zeit und Ort), so führt der Verstoß in aller Regel nicht zur Nichtigkeit. Derartige Normen, die nicht den Erfolg eines Geschäfts als solchen verhindern wollen und bei denen ein Verstoß nicht zur Nichtigkeit führt, werden als „Ordnungsvorschriften“ bezeichnet.

**Fall:** B, stolzer Besitzer eines Tante Emma Ladens in Bayern, beschließt, dass er gegen die Konkurrenz der Supermarktketten nur durch besondere Serviceleistungen ankommen kann. Um diesen Gedanken umzusetzen, will er sein Geschäft auch an Sonntagen öffnen. Am ersten Sonntag, an dem B seinen Plan umsetzt, kauft K, der unter der Woche vergessen hat, Lebensmittel zu besorgen und nun „auf dem Trockenen sitzt“, eine Tiefkühlpizza. Ist der zwischen B und K geschlossene Kaufvertrag wirksam?

Gemäß § 3 S. 1 Nr. 1 LadenschlussG ist es dem B untersagt, an Sonn- und Feiertagen Waren zu verkaufen. Es handelt sich auf den ersten Blick um ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB. Diese Norm will jedoch nicht den Verkauf von Waren als solchen verhindern, sondern nur den Verkauf zu bestimmten Zeiten (aus

Gründen etwa des Arbeitnehmerschutzes) unterbinden. Dieser Zweck erfordert nicht die Ungültigkeit von Kaufverträgen, die außerhalb der Ladenschlusszeiten erfolgen. Hier reicht vielmehr die Sanktionierung als Ordnungswidrigkeit (vgl. § 24 LadenschlussG) aus, um den Gesetzeszweck durchzusetzen.

Mit der im Rahmen der Föderalismusreform am 1. September 2006 in Kraft getretenen Änderung des Grundgesetzes haben die Länder das ausschließliche Gesetzgebungsrecht für den Ladenschluss erhalten. Die Länder können somit die gesetzlichen Ladenschlusszeiten in eigener Zuständigkeit regeln. Alle Bundesländer mit Ausnahme des Freistaates Bayern haben nach der Föderalismusreform von ihrer neuen Kompetenz Gebrauch gemacht und eigene Ladenschluss- bzw. Ladenöffnungsgesetze beschlossen. Damit findet das Ladenschlussgesetz des Bundes derzeit nur noch in Bayern Anwendung.

Soweit die genannten Kriterien ergeben, dass das Verbotsgesetz die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts fordert, ist zu beachten, dass zunächst **nur der Teil des Rechtsgeschäfts**, der unmittelbar von dem Nichtigkeit begründenden Zweck des Verbotsgesetzes erfasst wird, nichtig ist. Ob sich diese Teilnichtigkeit auf das gesamte Rechtsgeschäft erstreckt, ist nach § 139 BGB zu beurteilen. Danach liegt im Zweifel Gesamtnichtigkeit vor.

Diese Regel des § 139 BGB wird jedoch häufig für diejenigen Fälle durchbrochen, in denen das Verbotsgesetz dem **Schutz einer Partei** dient. So wird beispielsweise bei einem Verstoß gegen Preisvorschriften grundsätzlich nur Teilnichtigkeit angenommen. Als Beispiel mag hier der nach § 5 WiStG verbotene Mietwucher dienen. Diese Norm hat den Zweck, den Mieter vor überhöhten Mietpreisen zu schützen. Würde man nun bei einem Verstoß (also bei einem nach § 5 WiStG unzulässig überhöhten Mietzins) Gesamtnichtigkeit des Mietvertrages annehmen, so wäre dem Mieter ein „Bärendienst“ erwiesen, denn nun müsste er mangels gültigen Mietvertrages die Wohnung räumen. Da dieses Ergebnis dem Schutzzweck des § 5 WiStG nicht entsprechen würde, nimmt man keine Gesamtnichtigkeit des Mietvertrages, sondern nur Teilnichtigkeit hinsichtlich desjenigen Teils des vereinbarten Mietzinses an, der den zulässigen Mietzins übersteigt. Weitere Beispiele für eine Durchbrechung der Regel des § 139 BGB finden sich mit vergleichbaren Überlegungen insbesondere im Arbeitsrecht, das in großen Teilen auch dem Schutz einer Partei - nämlich des Arbeitnehmers - dient.

Eine weitere Frage, die sich im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen des § 134 BGB stellt, ist, ob der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, das sich zunächst nur gegen den Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages richtet, auch die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäftes nach sich zieht. Diese Frage ist für die Rückabwicklung des nichtigen Geschäfts von besonderer Bedeutung. Ist neben

dem Verpflichtungsgeschäft auch die Verfügung unwirksam, so kommen für die Rückgewähr des Vertragsgegenstandes auch Ansprüche aus dem nicht wirksam übertragenen Recht selbst in Betracht. Sollte beispielsweise ein Auto aufgrund eines Kaufvertrages übereignet werden, so kommt bei alleiniger Nichtigkeit des Kaufvertrages regelmäßig nur eine Rückabwicklung über das Bereicherungsrecht in Betracht. Ist dagegen neben dem Kaufvertrag auch die Übereignung nichtig, so ist daneben die Vindikation der Sache (§ 985 BGB) möglich.

Aufgrund des zivilrechtlichen **Abstraktionsgrundsatzes** sind die Wirksamkeit von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft unabhängig voneinander zu beurteilen. Die Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes nach § 134 BGB erstreckt sich also grundsätzlich nicht auf das Erfüllungsgeschäft. Etwas anderes muss aber dann gelten, wenn das Gesetz mit dem Verbot des Verpflichtungsgeschäfts die Güterbewegung, die durch die Verpflichtung vorbereitet wird, verhindern will. Dann muss auch das Erfüllungsgeschäft nichtig sein.

**Beispiel:** Gesetzt den Fall, der Autohändler A verspricht dem Strafrichter R, diesem im Falle eines Freispruchs einen Mercedes zu übereignen. Hier ist nicht nur die Verpflichtung des A, sondern auch die Übereignung des Autos gemäß § 333 Abs. 2 StGB i.V.m. § 134 BGB nichtig, denn § 333 StGB will auch die Vorteilsgewährung selbst verhindern.

Im umgekehrten Fall, also wenn das Verbotsgesetz das dingliche Geschäft untersagt, folgt aus dem Verbot des Erfüllungsgeschäfts regelmäßig auch das Verbot des hierauf gerichteten Verpflichtungsgeschäfts, denn es wäre sinnwidrig, die Verpflichtung zuzulassen, wenn die Erfüllung aufgrund des § 134 BGB nicht wirksam vorgenommen werden darf. Hier könnte man allerdings auch an eine Anwendung der §§ 275 Abs. 1, 311a BGB denken. Denn wenn das Erfüllungsgeschäft wegen des gesetzlichen Verbots von niemand durchgeführt werden kann, dann ist die Verpflichtung zu dem Erfüllungsgeschäft auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet.

### 3. Umgehungsgeschäfte

Weiterhin stellt sich im Rahmen des § 134 BGB die Frage, ob so genannte Umgehungsgeschäfte ebenfalls nichtig sind. Eine auf das römische Recht zurückgehende **Definition der Gesetzesumgehung** lautet: Gegen das Gesetz verstößt, wer tut, was das Gesetz verbietet; das Gesetz umgeht, wer ohne Verstoß gegen den Wortlaut des Gesetzes den Sinn des Gesetzes hintergeht (contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit). Ein Umgehungsgeschäft liegt also vor, wenn die

Parteien den Zweck eines gerade um dieses Erfolges willen verbotenen Geschäfts mit Hilfe einer anderen, nicht ausdrücklich verbotenen rechtsgeschäftlichen Gestaltung zu erreichen suchen.

Umgehungsgeschäfte sind **teilweise ausdrücklich verboten** (s. etwa §§ 306a, 312f, 475 Abs. 1, 478 Abs. 4 Satz 3, 487, 506, 655e Abs. 1 BGB nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz).

Aber auch wenn eine derartige **ausdrückliche Normierung fehlt**, muss das Umgehungsgeschäft dann nichtig sein, wenn der **Zweck des Verbotsgesetzes** durch die mit dem Umgehungsgeschäft gewählte rechtliche Gestaltung vereitelt wird. Dies ist dann der Fall, wenn das Verbotsgeschäft nicht nur ein Geschäft einer bestimmten (genannten) Art untersagt, sondern den geschäftlich verfolgten rechtlichen oder wirtschaftlichen Erfolg verhindern will.

**Beispielsfall:** Dem Gastwirt G wird wegen Trunkenheit die Gaststättenerlaubnis entzogen (vgl. §§ 15 Abs. i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 1 GaststättenG). Da er dennoch von seinem Geschäft nicht ablassen will, verkauft er die Gaststätte an seinen Freund K, der selbst keinerlei Interesse an dem Betrieb einer Gaststätte hat, und vereinbart mit diesem, dass K eine eigene Gaststättenerlaubnis erwirken und G dann in der Wirtschaft als Geschäftsführer tätig sein würde. Ist diese Vereinbarung gültig?

§ 2 Abs. 1 S. 1 GaststättenG ergibt, dass G ohne die notwendige Erlaubnis keinen Gaststättenbetrieb führen darf. Dieses gesetzliche Verbot würde umgangen, wenn G über die Vereinbarung mit K in die Lage versetzt würde, eine Gaststätte zu leiten. Deshalb ist die Vereinbarung, dass G die Gaststätte als Geschäftsführer leiten soll, gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 GaststättenG i.V.m. § 134 BGB (je nach Auffassung: direkt oder analog) nichtig.

Als nächstes stellt sich die Frage, ob auch der Kaufvertrag von der Nichtigkeit der Vereinbarung erfasst wird. Dies wäre dann der Fall, wenn Kaufvertrag und Vereinbarung ein Rechtsgeschäft i.S.d. § 139 BGB darstellen würden, und nicht anzunehmen wäre, dass G und K den Kaufvertrag auch ohne die Vereinbarung der Geschäftsführung geschlossen hätten. Die Annahme eines Rechtsgeschäfts i.S.d. § 139 BGB scheitert nicht daran, dass Kaufvertrag und Vereinbarung sich zunächst als zwei verschiedene Einigungen darstellen, denn § 139 BGB erfasst auch mehrere Rechtsgeschäfte, soweit sie nach Parteiwillen nicht unabhängig nebeneinander stehen sollen. Im vorliegenden Fall sollten Kaufvertrag und die Vereinbarung der Geschäftsführung nicht selbstständig nebeneinander stehen, denn G und K tätigten den Kauf ja gerade in Hinblick auf die weitere Vereinbarung. Nach dem Parteiwillen liegt also nur ein Rechtsgeschäft i.S.d. § 139 BGB vor.

Nach dem Sachverhalt wäre der nicht von § 134 BGB erfasste Teil (Kaufvertrag) nicht abgeschlossen worden, wenn die Parteien von der Nichtigkeit des von § 134 BGB (Vereinbarung der Geschäftsführung) erfassten Teiles gewusst hätten. Denn G ging es nur um die Gesetzesumgehung, während K an dem Betrieb einer Gaststätte keinerlei eigenes Interesse hatte.

Beide Teile sind mithin nichtig.

---

## *II. Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)*

§ 138 Abs. 1 BGB lautet: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig“. Abs. 2 regelt einen Sonderfall des sittenwidrigen Geschäfts, den Wucher.

**§ 138 BGB soll verhindern, dass sich die Rechtsordnung in den Dienst des Unsittlichen stellt.** Unsittliches und allgemein missbilligtes Verhalten soll also nicht mit den Mitteln des Rechts erzwingbar sein. Dabei ist zu beachten, dass § 138 BGB keinesfalls die Maßstäbe einer Hochethik übernimmt, sondern nur die grundlegenden, allgemein anerkannten Wertvorstellungen unserer Gesellschaft in die Rechtsordnung integriert.

Vergleicht man den schon dargestellten § 134 BGB mit § 138 BGB, so sieht man, dass die beiden Normen in ihrer Zielsetzung sehr ähnlich sind. Beide Vorschriften sollen verhindern, dass sich das Recht in den Dienst missbilligten rechtsgeschäftlichen Verhaltens stellt. Unterschiedlich ist jedoch der Grund der Missbilligung. § 134 BGB verweist auf die Missbilligung durch die Rechtsordnung, § 138 BGB hingegen auf die Missbilligung durch eine (scheinbar) außerrechtliche Ordnung, die Sittenordnung. Diese beiden Ordnungen - Rechtsordnung und Sittenordnung - stimmen oft, aber nicht immer überein. So ist beispielsweise der Mord rechtswidrig und gleichzeitig sittenwidrig. Falschparken hingegen ist zwar rechtswidrig, aber nicht sittenwidrig. Knebelungsverträge andererseits sind zwar sittenwidrig, verstoßen aber gegen kein gesetzliches Verbot.

## 1. Verstoß gegen die „guten Sitten“ (§ 138 Abs. 1 BGB)

### a. Begriff der „guten Sitten“

Hinsichtlich der Voraussetzungen der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB ist der Begriff der „guten Sitten“ von zentraler Bedeutung.

Die Bestimmung dieses Begriffs erweist sich aus mehreren Gründen als überaus schwierig. Zum einen wird sie dadurch erschwert, dass wir in einer **pluralistischen Gesellschaft** leben, in der die Wertvorstellungen der einzelnen Gesellschaftsgruppen stark differieren. Es stellt sich damit die Frage, welche der Wertvorstellungen der verschiedenen Gesellschaftsgruppen dem Urteil des Richters zugrunde zu legen ist. Zum anderen ist zu bedenken, dass die Wertvorstellungen im Laufe der Zeit einem **dauerndem Wandel** unterliegen. So wurden beispielsweise pornographische Darstellungen Mitte des vergangenen Jahrhunderts noch von überwiegenden Teilen der Bevölkerung als hochgradig anstößig empfunden, während die meisten Menschen der heutigen Gesellschaft sie vielleicht als nicht dem eigenen Geschmack gemäß, aber eben nicht unbedingt als sittlich verwerflich empfinden.

Angesichts dieser Schwierigkeiten kann wohl nicht mehr überraschen, dass der Begriff der „guten Sitten“ in Rechtsprechung und Literatur sehr unterschiedlich bestimmt wird.

Die **Rechtsprechung** bestimmt den Begriff der „guten Sitten“ nach dem „**Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden**“.

Um das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ zu ermitteln, stellt sie vorrangig auf die Anschauungen des betroffenen Rechtskreises ab. Auf den allgemeinen Standard kommt es dabei nur dann an, wenn eine Maxime für den gesamten Rechtsverkehr gelten soll, während bei sittlichen Sätzen mit beschränktem Geltungsanspruch die Anschauungen des betroffenen Verkehrskreises entscheidend sind. Es geht dabei allerdings nie um die bloße Feststellung der Anschauungen, sondern auch um deren Bewertung.

**Beispiele:** Handelt es sich in einem konkreten Fall um eine Frage, die nur Kaufleute betrifft, so wird vorrangig die Auffassung der am kaufmännischen Verkehr Beteiligten betrachtet. Andere Fragen, wie etwa die nach der Sittenwidrigkeit von „Peep-Shows“, betreffen die gesamte Gesellschaft. Damit sind insoweit die allgemeinen Anschauungen entscheidend.



Die Begriffsbestimmung der Rechtsprechung wird vielfach kritisiert. Insbesondere wird ihr vorgeworfen, sie sei „leerformelartig“. Dieser Kritik ist zuzugeben, dass der Verweis auf „Anstandsgefühl“ inhaltlich nicht wesentlich konkreter ist als der zu definierende Begriff der „guten Sitten“ selbst, und die Formel ihrerseits weiterer Konkretisierung bedarf. Auch die Bezugnahme auf die „billig und gerecht Denkenden“ wird kritisiert, da nicht ohne Weiteres ersichtlich ist, wer denn diese „billig und gerecht Denkenden“ sind.

Dennoch empfiehlt es sich (zumindest in der Klausur), die Formel der Rechtsprechung als Ausgangspunkt weiterer Erörterungen zu wählen. Immerhin zeigt sie, dass das Sittenwidrigkeitsurteil grundsätzlich einen **Konsens** über das „Billige und Gerechte“ voraussetzt („aller“!). Es reicht also nicht die persönliche moralische Überzeugung des Richters aus, um ein Rechtsgeschäft als sittenwidrig zu verwerfen. Auch macht die Voraussetzung „billig und gerecht Denkenden“ deutlich, dass die übliche **Korruption und der übliche Schlendrian** selbst dann der Sanktion des § 138 BGB unterfallen können, wenn sie von der Mehrheit der Bevölkerung praktiziert werden.

Man kann den Inhalt der „guten Sitten“, auch wenn man von der Formel der Rechtsprechung ausgeht, noch weiter differenzieren. So unterteilt Larenz den Inhalt in den **sozialethischen und den rechtsethischen Inhalt der guten Sitten**.

Zum sozialethischen Inhalt der guten Sitten gehören dabei jene sozialen, nicht unbedingt rechtlich normierten Verhaltensanforderungen, die auf denjenigen Wertvorstellungen beruhen, die nach der gemeinsamen Überzeugung der Angehörigen der betroffenen Kreise für den gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Verkehr unentbehrlich sind.

Neben dieser herrschenden sozialethischen Moral gibt es auch rechtsethische Prinzipien und Wertvorstellungen, die sich aus Werten, die der Rechtsordnung selbst immanent sind, ergeben. Insbesondere die Wertmaßstäbe des Grundgesetzes und hier wiederum besonders die in den Grundrechten verankerten Wertentscheidungen erlangen über die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB Geltung im Privatrecht. Diese „**mittelbare Drittwirkung**“ der Grundrechte im Privatrecht ist allgemein anerkannt. Bei der Prüfung, ob eine „mittelbare Drittwirkung“ in einer konkreten Frage in Betracht kommt, ist immer zu beachten, dass nicht jede Kollision eines Rechtsgeschäfts mit grundgesetzlichen Werten schon zur Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB führt, denn ansonsten käme man zu einer in der Konzeption unserer Verfassung nicht vorgesehenen und dementsprechend von der herrschenden Meinung zu Recht auch abgelehnten „unmittelbaren Grundrechtsdrittwirkung“.

Im Verhältnis zwischen sozialetischen und rechtsethischen Prinzipien gebührt im Zweifel den letzteren der Vorrang. Insbesondere, wenn eine herrschende Moralauffassung in der Gesellschaft nicht eindeutig festgestellt werden kann, hat sich der Richter an den in unserer Rechtsordnung und hier insbesondere an den im Grundgesetz festgelegten Grundwerten zu orientieren.

### *b. Gegenstand des Sittenwidrigkeitsurteils*

Gegenstand des Sittenwidrigkeitsurteils ist **das Rechtsgeschäft selbst**. § 138 BGB soll nicht unsittliches Verhalten als solches sanktionieren, sondern sittenwidrigen Geschäften die Gültigkeit und damit die rechtliche Durchsetzbarkeit nehmen.

Verstößt der Inhalt eines Rechtsgeschäfts gegen die guten Sitten, so ist das Rechtsgeschäft ohne Rücksicht auf die begleitenden Umstände nach § 138 BGB nichtig. Als Beispiel mag der rechtsgeschäftliche Verzicht auf Grundrechte dienen.

Teilweise ergibt sich die Sittenwidrigkeit eines Geschäfts aber nicht allein aus seinem Inhalt, sondern erst aus dem Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts unter Berücksichtigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck. Dann kann das sonstige Verhalten der Parteien durchaus von Belang sein.

**Beispiel:** Der Verzicht auf den Unterhalt nach einer Scheidung ist an sich möglich und somit nicht allein aufgrund seines Inhalts sittenwidrig. Die Sittenwidrigkeit kann sich jedoch aus dem Zweck des Verzichts ergeben. Dies ist etwa dann der Fall, wenn alleinige Motivation des Verzichts ist, dem an sich Unterhaltsberechtigten einen Anspruch auf Sozialhilfe zu verschaffen.

### *c. Zeitpunkt des Sittenwidrigkeitsurteils*

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts ist grundsätzlich der **Zeitpunkt der Vornahme**. Dementsprechend sind auch für die Bewertung der Sittenwidrigkeit eines Geschäfts die tatsächlichen Umstände und die Wertvorstellungen in diesem Zeitpunkt entscheidend.

Dies gilt auch dann, wenn sich die Umstände oder Wertvorstellungen nachträglich **zu Ungunsten der Parteien** ändern, denn würde man zulassen, dass derartige nachträgliche Änderungen ein wirksames Geschäft unwirksam werden ließen, so würde dies eine unerträgliche Rechtsunsicherheit für die Beteiligten mit sich bringen. Derartige Änderungen können somit allenfalls über § 242 BGB zu berücksichtigen sein.

Umstritten ist die Frage, ob der Zeitpunkt der Vornahme auch dann entscheidend ist, wenn sich die Umstände bzw. Wertvorstellungen **zugunsten der Parteien** ändern. Dies ist zu bejahen, denn es ist schwer denkbar, dass ein eigentlich endgültig, von Anfang an nichtiges Geschäft ohne Weiteres gültig wird. Die gegenteilige Ansicht führt bildlich gesprochen zu dem merkwürdigen Ergebnis, dass eine Totgeburt Wochen und Monate nach der erfolglosen Niederkunft plötzlich zu atmen anfängt. Ein solches Geschäft kann jedoch mittels einer Bestätigung durch Neuornahme (§ 141 BGB) gültig werden.

Eine **andere Antwort** auf die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt kann jedoch bei Verfügungen von Todes wegen, namentlich beim **Testament** gegeben werden. Hier müssen die Umstände und die Wertvorstellungen im Zeitpunkt des Erbfallens entscheidend sein. Dies ergibt sich aus mehreren Überlegungen. Zum einen entfaltet das Testament seine endgültige Wirkung erst mit dem Erbfall. Zudem kann der Erblasser zu Lebzeiten seine Verfügung jederzeit frei ändern. Insbesondere wird man dem Grundsatz, dass dem Erblasserwillen soweit wie möglich Rechnung getragen werden soll, nur dann gerecht, wenn man auf die Umstände im Todeszeitpunkt abstellt.

Das folgende Beispiel mag dies illustrieren:

Testamentarische Zuwendungen an Geliebte werden dann für sittenwidrig gehalten, wenn sie allein der Entlohnung geschlechtlicher Hingabe dienen. (Bei diesem Beispiel ist zu beachten, dass die Erbeinsetzung einer Geliebten aus anderen Motiven, z.B. zu ihrer Versorgung, regelmäßig wirksam ist.)

Würde man nun bei einem solchen Mätressentestament, das zunächst auf der genannten Motivation beruhte, auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung abstellen, so wäre dieses Testament auch dann ungültig, wenn der Erblasser die Geliebte vor seinem Tod heiratet. Diese Nichtigkeit ließe sich offensichtlich nicht mehr mit dem Sinn und Zweck des § 138 Abs. 1 BGB begründen.

*i. Subjektives Element?*

Umstritten ist, ob die Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB an eine subjektive Voraussetzung geknüpft ist. Als mögliche subjektive Elemente werden genannt:

- Verwerfliche Gesinnung,
- Bewusstsein der Wertung des Geschäfts als sittenwidrig,
- Kenntnis (oder fahrlässige Unkenntnis) der Umstände, auf denen das Sittenwidrigkeitsurteil beruht.

Nach zutreffender Ansicht ist **weder eine verwerfliche Gesinnung noch ein Bewusstsein der Wertung** als sittenwidrig als obligatorisches ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu fordern. Andernfalls würde derjenige, der die guten Sitten gar nicht erst zur Kenntnis nimmt, wirksam kontrahieren können. Damit würde der gänzliche Mangel an „Anstandsgefühl“ belohnt. Ausnahmen müssen allerdings dann gelten, wenn sich das Sittenwidrigkeitsurteil gerade aus einer verwerflichen Gesinnung ergibt. Beispiel hierfür ist der Spezialfall des Wuchers in § 138 Abs. 2 BGB, der mit dem Tatbestandsmerkmal des Ausbeutens ein verwerfliches Vorgehen voraussetzt.

Fraglicher ist, ob es wenigstens auf die **Kenntnis der tatsächlichen Umstände** ankommt, auf denen das Sittenwidrigkeitsurteil beruht. Dies wird jedenfalls vielfach in Literatur und Rechtsprechung angenommen.

Teilweise wird dieser Auffassung entgegen gehalten, dass ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt als sittlich unerträglich empfunden wird, nicht dadurch erträglicher werden kann, dass die Beteiligten sich im Irrtum befinden.

Richtig ist es wohl, in diesem Punkt je nach Einzelfall zu differenzieren. Ergibt sich die Sittenwidrigkeit allein aus dem objektiven Geschäftsinhalt, so ist der letzten Auffassung zu folgen. Auf die Kenntnis der Beteiligten kann es hier nicht ankommen.

**Beispiel:** Ein Knebelungsvertrag wird nicht dadurch erträglicher, dass der Gläubiger irrtümlich angenommen hat, dem Schuldner verbleibe eine gewisse Freiheit.

Anderes gilt dann, wenn sich die Sittenwidrigkeit erst aus dem Geschäftszweck oder sonstigen Umständen ergibt. Hier kann je nach Einzelfall erst eine zu missbilligende Motivation das Sittenwidrigkeitsurteil begründen. Als Beispiel mag hier das schon erwähnte „Mätressentestament“ dienen, dessen Sittenwidrigkeit sich erst aus den Absichten der Beteiligten und damit aus einem subjektiven Element ergibt.

Die hier vertretene Auffassung lässt sich zusammenfassend so ausdrücken: Subjektive Faktoren können Unbedenkliches bedenklich machen, während Bedenkliches nicht allein wegen des Fehlens subjektiver Voraussetzungen unbedenklich wird.

## 2. Fallgruppen

Wenn auch Fallgruppen allein nicht ausreichen, den Sittenverstoß hinreichend zu begründen, so ist doch ihre Kenntnis und ihr Verständnis gerade beim generalklauselartig gefassten § 138 Abs. 1 BGB von unschätzbarem Wert. Deshalb soll nun auf einige wichtige anerkannte Fallgruppen eingegangen werden.

### *a. Knebelungsverträge*

Knebelungsverträge sind Vereinbarungen, die dem **Schuldner jeden wesentlichen geschäftlichen oder persönlichen Handlungsspielraum nehmen**. Derartige Verträge sind sittenwidrig.

Der Grund der Sittenwidrigkeit liegt dabei in diesen Fällen weniger in der herrschenden Moral (sozialethischer Inhalt), als in dem in unserer Rechtsordnung geltenden Grundprinzip, dass dem einzelnen eine freie Entfaltung seiner Persönlichkeit möglich sein soll (rechtsethischer Inhalt). Dieses Prinzip ist grundrechtlich (vor allem: Art. 2 GG für die persönliche und Art. 12 GG für die berufliche Betätigung) verankert. Diese Grundrechte finden hier über § 138 Abs. 1 BGB zur erwähnten mittelbaren Drittwirkung.

Zu beachten ist, dass im Rahmen der Privatautonomie eine vertragliche Bindung und damit eine Selbstbeschränkung der Handlungsfreiheit grundsätzlich gerade möglich ist. Ein sittenwidriger Knebelungsvertrag liegt dementsprechend erst dann vor, wenn in den vertraglichen Regelungen eine **erhebliche** Beschränkung der Handlungsfreiheit zu sehen ist.

**Beispiel:** Ein Hotelier, der bei einer Bank einen Kredit aufnimmt, muss dieser zur Sicherheit nicht nur das gesamte Hotel übereignen, sondern wird überdies verpflichtet, vor jeder unternehmerischen Entscheidung die Zustimmung der Bank einzuholen.

Diese Vereinbarung nimmt dem Hotelier jeglichen Raum zur freien Ausübung seines Gewerbebetriebs und ist somit als sittenwidriger Knebelungsvertrag anzusehen.

Nah mit der Schuldnerknebelung verwandt, ist der Fall der **Übersicherung**. Hier lässt sich der Gläubiger Vermögensgegenstände des Schuldners übertragen, deren Wert den geschuldeten Betrag wesentlich übersteigt.

**Beispiel:** A übereignet dem B zur Sicherung eines Kredits in Höhe von 10.000,00 € sein gesamtes Warenlager im Wert von 500.000,00 €

Derartige Sicherungsverträge führen dazu, dass dem Schuldner die Möglichkeit genommen wird, über das gebundene Vermögen zu verfügen. Damit kann der Schuldner die in Frage stehenden Vermögenswerte zum einen nicht mehr einsetzen, um andere Gläubiger zu befriedigen. Zum anderen kann er sie auch nicht als Sicherheiten für neue Verbindlichkeiten anbieten, was - zumindest dann, wenn wesentliche Teile seines Vermögens durch die Übersicherung erfasst sind - dazu führt, dass seine Möglichkeiten, neue Kredite zu erhalten, sehr gering sind. Zu bedenken ist weiterhin, dass der Gläubiger eine den Wert der gesicherten Forderung weit übersteigende Sicherung nicht benötigt, und somit kein rechtlich schützenswertes Interesse an einer solchen Übersicherung hat. Damit ist die in der Übersicherung liegende Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten des Schuldners als unangemessen und sittenwidrig anzusehen.

#### *b. Schädigung Dritter*

Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts kann auch darin begründet sein, dass die Parteien den Zweck verfolgen, einen Dritten zu schädigen, bzw. dass eine solche Schädigung durch die Parteien vorausgesehen und in Kauf genommen bzw. infolge grober Fahrlässigkeit nicht vorausgesehen wird.

Als klassisches **Beispiel** ist die **Gläubigergefährdung durch Kredittäuschung** zu nennen. Ein typischer Fall einer solchen Gläubigergefährdung liegt vor, wenn ein Gläubiger den Schuldner kurzfristig mit Geld ausstattet, damit dieser gegenüber Dritten kreditwürdig erscheint.

Zu beachten ist, dass es in dieser Fallgruppe entscheidend auf die subjektiven Absichten der Beteiligten ankommt. So ist etwa die unsichtbare Sicherung eines Gläubigers mit Vermögenswerten allein noch keine sittenwidrige Gläubigergefährdung, denn es liegt in der Natur der gebräuchlichsten Sicherungsmittel (Sicherungszession, Sicherungsübereignung, Eigentumsvorbehalt), dass sie nach außen nicht ohne Weiteres erkennbar sind.

#### *c. Kommerzialisierung des höchstpersönlichen Bereichs*

Nach dem in unserer Kultur und auch in unserer Rechtsordnung (vgl. insb. Art. 1 Abs. 1 GG) angelegten Menschenbild, gibt es einen Bereich von Handlungen und Leistungen, die der völlig freien Entscheidung des Einzelnen unterliegen und insbesondere nicht von materiellen Vorteilen abhängig gemacht werden sollen.

Beispiele für diesen höchstpersönlichen Bereich, dessen Kommerzialisierung sich verbietet, sind insbesondere Glaubens- und Gewissensfragen, der Sexualbereich oder der Handel mit Titeln. Demnach ist etwa die arbeitsvertragliche Verpflichtung eines Arbeitnehmers, eine bestimmte Religion anzunehmen oder zu behalten, als sittenwidrig anzusehen (Besonderheiten gelten hier jedoch für Arbeitnehmer der Religionsgemeinschaften!). Auch die Verpflichtung der Prostituierten, gegen Geld den Geschlechtsverkehr durchzuführen, wird als sittenwidrig angesehen. Hier sollte es in der Tat keinen Rechtszwang zur Durchführung des Geschlechtsverkehrs geben. Wenn es aber zum verabredeten Geschlechtsverkehr gekommen ist, stellt sich die Frage, ob die Prostituierte nicht gegen den zahlungsunwilligen Kunden die Zwangsmittel des Rechts sollte einsetzen können. Nunmehr würde es ja nur um die Durchsetzung eines Zahlungsanspruchs gehen. Eine solche Wertung läge auf der Linie der Vorstellungen des Gesetzgebers, den Prostituierten den Schutz des Rechts zuteil werden zu lassen. Sie ist mit dem Prostitutionsgesetz vom 20. Dezember 2001 zum 1. Januar 2002 Gesetz geworden.

In die Fallgruppe des höchstpersönlichen Bereichs gehören auch die **sog. Telefonsex-Verträge**. Die Sittenwidrigkeit von Telefonsex-Verträgen wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt. Der BGH hält die Telefonsex-Verträge zwischen Anbieter und Kunden für sittenwidrig, da ein bestimmtes Sexualverhalten der Kunden kommerziell ausgenutzt, die jeweilige Mitarbeiterin des Anbieters als Person zum Objekt und der Intimbereich zur Ware gemacht würde (BGH, NJW 1998, 2895 (2896) mit vielen Nachweisen). Die Gegenansicht weist darauf hin, dass - anders als bei der Prostitution oder bei einer Peep-Show - beim Telefonsex die Anbieterin dem Anrufer nicht ausgeliefert sei, sondern ihr noch ausreichend Fluchträume verblieben; die Anbieterin werde aufgrund des Fehlens eines unmittelbaren persönlichen Kontakts nicht zur bloßen Ware. Hiergegen wendet der BGH wiederum ein, dass die Mitarbeiterinnen des Telefonsex-Anbieters in der Praxis das Telefonat „bei Nichtgefallen“ wohl kaum einfach abbrechen könnten.

Selbst wenn man mit der BGH-Rechtsprechung Telefonsex-Verträge als sittenwidrig ansieht, muss das nicht auch zu einem Gegenrecht gegen die Rechte der Telefongesellschaft führen, in deren Gebühren das Entgelt für die Inanspruchnahme der Telefonexdienste enthalten ist. Das hat der **Bundesgerichtshof** in einer **Entscheidung** vom 22. November 2001 - III ZR 5/01- ausgesprochen. In der Pressemitteilung des BGH heißt es dazu:

Der für das Dienstvertragsrecht zuständige III. Zivilsenat hat entschieden, daß gegenüber der Rechnungsstellung eines Mobilfunknetzbetreibers, der mit dem Adressaten der Rechnung einen Vertrag über Mobilfunkdienstleistungen abgeschlossen hat, nicht der Einwand erhoben werden kann, die in der Rechnung

aufgeführten 0190-Sondernummern seien zu dem Zweck angewählt worden, (sittenwidrige) Telefonsex-Gespräche zu führen.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, mit der sie einen Vertrag über Mobilfunkdienstleistungen abgeschlossen hatte, Zahlung von mehr als 20.000 DM. Die in Rechnung gestellten Beträge beruhen im wesentlichen darauf, daß unter Benutzung des Mobilfunktelefonanschlusses der Beklagten 0190-Sondernummer-Verbindungen hergestellt und aufrechterhalten wurden. Die Beklagte hat die Begleichung der Rechnungen mit der Begründung verweigert, ihr Vater habe diese Sondernummern angewählt, um Telefonsex zu betreiben.

Das Berufungsgericht hat unter Hinweis darauf, daß nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 9. Juni 1998 - XI ZR 192/97 - NJW 1998, 2895) Telefonsex-Verträge nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und nichtig sind, die Klage zum größten Teil abgewiesen.

Die Revision der Klägerin hatte in der Hauptsache Erfolg. Dabei hat der III. Zivilsenat offengelassen, ob bezüglich der Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Telefonsex-Verträgen an der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats festzuhalten ist. Die Frage der rechtlichen Bewertung derartiger Verträge stellt sich jedenfalls dann völlig neu, wenn das vom Bundestag bereits beschlossene Gesetz zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation der Prostituierten in Kraft treten sollte.

Der III. Zivilsenat hat die Klageforderung insbesondere deshalb für berechtigt erachtet, weil sowohl der zwischen einem Netzbetreiber und seinem Kunden geschlossene Telefondienstvertrag als auch die vertraglich in erster Linie geschuldete Leistung - Herstellen und Aufrechterhalten einer Telefonverbindung - wertneutral sind. Der Netzbetreiber hat keinen Einfluß darauf, welche Teilnehmer zu welchen Zwecken in telefonischen Kontakt treten. Der Inhalt der geführten Gespräche ist für ihn nicht kontrollierbar und geht ihn nichts an.

Diese Grundsätze haben nach Meinung des III. Zivilsenats auch bei der Anwahl von 0190-Sondernummern zu gelten. Dabei fällt entscheidend ins Gewicht, daß die Verantwortlichkeit für den Inhalt der bei der Anwahl von 0190-Sondernummern neben der bloßen Verbindungsleistung zu erbringenden weiteren Dienstleistung nach § 5 Abs. 1 und 3 des Teledienstgesetzes vom 22. Juli 1997 (BGBl. I S. 1870) im allgemeinen nur bei dem Diensteanbieter selbst, nicht auch bei dem die Verbindung zwischen dem Anrufer und dem Diensteanbieter herstellenden Netzbetreiber liegt. Zwar werden bei der Anwahl von 0190-Sondernummern deutlich höhere Entgelte als bei sonstigen Gesprächen von gleicher Dauer verlangt, weil darin neben den Verbindungspreisen auch die Vergütung der Diensteanbieter enthalten ist. Dies ändert aber nichts daran, daß das Abrechnungsverhältnis zwischen dem Kunden und dem Netzbetreiber auf dem Telefondienstvertrag nebst der jeweils gültigen Preisliste gründet.



*d. Verstöße gegen die Ehe- und Familienordnung*

Verstöße gegen das sittliche Wesen der Ehe oder gegen familienrechtliche Werte können Verträge sittenwidrig machen.

Als Beispiel sittenwidriger, weil gegen die Familienordnung verstößender Verträge werden oft **Leihmütterverträge** genannt mit der Begründung, dass diese Verträge das Kind in sittenwidriger Weise zum Gegenstand eines Handels machen würden. Die Nichtigkeit derartiger Verträge ergibt sich jedoch schon aus § 1747 Abs. 1 S. 1 BGB, der der Privatautonomie in diesem Bereich keinen Raum lässt. Ein Rückgriff auf § 138 Abs. 1 BGB ist hier nicht notwendig.

Gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, weil der Familienordnung widersprechend, sind jedoch Verträge über **heterologe Insemination**, wenn das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung nicht gewahrt, und die Vermeidung eines Konflikts zwischen biologischer und rechtlicher Elternschaft nicht gewährleistet ist.

*e. Verstöße gegen Standesregeln*

Beschränkungen der Handlungsfreiheit durch Standesregeln finden sich bei manchen freien Berufen, insbesondere bei Ärzten und Rechtsanwälten. Derartige Standesregeln sind teilweise gesetzlich geregelt, wie dies etwa bei Beschränkungen der zulässigen Werbung der Fall ist (vgl. den für Anwälte geltenden § 43b BRAO). Ein Verstoß gegen diese Normen führt zur Anwendung des § 134 BGB.

Teilweise sind die Standesregeln zwar anerkannt, aber nicht rechtlich normiert, und damit nur der Sittenordnung zuzurechnen. Ein Verstoß gegen derartige unnormierte Standesregeln kann zur Sittenwidrigkeit i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB führen. Die Sittenwidrigkeit lässt sich hier zumeist damit begründen, dass dem Verstoßenden ein ungerechtfertigter Vorsprung vor den sich standesgemäß verhaltenden Konkurrenten zukommt.

Beispiel für ein den deutschen Standesregeln widersprechendes und damit sittenwidriges Geschäft ist die Vereinbarung eines **Erfolgshonorars** bei Anwälten (anders in den USA). Die Vereinbarung des Erfolgshonorars führt zu einem übermäßigen finanziellen Eigeninteresse des Anwalts am Ausgang des Prozesses und damit zu einer Gefährdung seiner Stellung als besonderes Organ der Rechtspflege (vgl. § 1 BRAO).

Dieses Verbot ist gesetzlich gelockert worden, nachdem das Bundesverfassungsgericht das strikte und ausnahmslos geltende Verbot für verfassungswidrig erklärt hat (Entscheidung vom 12.12.2006, Az.: [1 BvR 2576/04](#)). Rechtsanwalt und Mandant können in einzelnen Fällen eine erfolgsbasierte Vergütung vereinbaren, wenn sie damit den besonderen Umständen der konkreten Angelegenheit Rechnung tragen. Die Regelung zielt insbesondere auf Fälle, in denen der Mandant in Anbetracht seiner wirtschaftlichen Verhältnisse vernünftigerweise von der Rechtsverfolgung absehen würde, wenn er nicht die Möglichkeit hat, mit dem Rechtsanwalt ein Erfolgshonorar zu vereinbaren. Ein solcher Fall kann etwa vorliegen, wenn eine Partei einen wertvollen, aber sehr unsicheren Wiedergutmachungsanspruch geltend machen will und die Anwaltskosten hierfür nicht aufbringen kann. Auch eine hohe, streitige Schmerzensgeldforderung kann für einen Geschädigten unter Umständen wirtschaftlich nur durchsetzbar sein, wenn er im Verlustfall nicht zusätzlich zu den Gerichtskosten und gegnerischen Anwaltskosten auch noch die eigenen Anwaltskosten zu tragen hat. Gleiches gilt, wenn ein mittelständischer Unternehmer vor der Frage steht, eine hohe Vergütungsforderung geltend zu machen, obwohl die Gegenseite Gewährleistungsrechte geltend macht und das Prozessrisiko erheblich ist.

### *f. Ausnutzung von Machtpositionen und Überforderung des Schuldners, insbesondere die Bürgerentscheidungen des BGH und des BVerfG*

Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts kann sich letztlich auch daraus ergeben, dass ein Geschäftspartner eine wirtschaftliche oder sonstige **Machtstellung** (insbesondere ein Monopol) ohne sachliche Rechtfertigung dazu ausnutzt, dass er sich übermäßige Vorteile versprechen lässt.

**Beispiel:** Im Arbeitsverhältnis ist der Arbeitgeber regelmäßig strukturell überlegen, denn der Arbeitnehmer ist üblicherweise auf die Einstellung und den Erhalt seines Arbeitsplatzes angewiesen (Ausnahmen gelten teilweise bei hoch qualifizierten, gesuchten Fachleuten). Nutzt der Arbeitgeber diese Machtstellung einseitig zu seinem Vorteil aus, etwa indem er im Arbeitsvertrag eine Verlustbeteiligung des Arbeitnehmers ohne angemessenen Ausgleich vereinbart, so ist diese Vereinbarung sittenwidrig.

Besonders viel diskutiert wird in den letzten Jahren die Frage, ob § 138 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit von Verpflichtungen führt, die **über die voraussichtliche Leistungsfähigkeit des Schuldners hinausgehen**. Diskutiert wird diese Frage insbesondere mit Bezug auf Bürgschaften **vermögensloser Familienmitglieder**.

Die Rechtsprechung des für Bürgschaftsfälle zuständigen **9. Zivilsenats** des BGH ist hier lange davon ausgegangen, dass allein die Tatsache, dass eine Verpflichtung vom Schuldner voraussichtlich nicht zu erfüllen ist, nicht zur Sittenwidrigkeit des Vertrages führt. In den Leitsätzen seines insoweit grundlegenden Urteil vom 28. Februar 1989 - IX ZR 130/88 – BGHZ 107, 92 führte der 9. Zivilsenat u.a. aus:

„Die Vertragsfreiheit als Teil der Privatautonomie läßt es zu, auch risikoreiche Geschäfte abzuschließen und sich zu Leistungen zu verpflichten, die nur unter besonders günstigen Bedingungen erbracht werden können.“

Der notwendige Schutz der Menschenwürde eines Überschuldeten würde in ausreichender Weise durch den Vollstreckungsschutz der ZPO geleistet.

Dieser auch in der Literatur teilweise heftig kritisierten Rechtsprechung ist zunächst der für Gesamtschulden zuständige **11. Zivilsenat** des BGH entgegengetreten. Im Urteil vom 22. Januar 1991 (XI ZR 111/90) zur gesamtschuldnerischen Mitverpflichtung führt der 11. Zivilsenat aus:

„Die finanzielle Überforderung des Darlehensnehmers kann es jedenfalls zusammen mit anderen Geschäftsumständen rechtfertigen, einem Darlehensvertrag aufgrund einer Gesamtwürdigung die rechtliche Wirksamkeit zu versagen.“

1993 hatte sich dann das **Bundesverfassungsgericht** mit dem Fragenkreis auseinander zu setzen (BVerfG, NJW 1994, 36, 38 ff.). Die Entscheidung betraf u.a. folgenden

**Sachverhalt:** Der Vater der Beschwerdeführerin war zunächst als Immobilienmakler tätig; er errichtete und verkaufte Eigentumswohnungen. Im Jahre 1982 beehrte er von der Stadtparkasse C. eine Verdoppelung seines Kreditlimits von 50.000 DM auf 100.000 DM. Als die Stadtparkasse eine Sicherheit verlangte, unterzeichnete die damals 21jährige Beschwerdeführerin am 29. November 1982 eine vorgedruckte Bürgschaftsurkunde mit einem Höchstbetrag von 100.000 DM zuzüglich Nebenleistungen, in der es unter anderem heißt:

1. Die Bürgschaft wird zur Sicherung aller bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen der Sparkasse gegen den Hauptschuldner ... aus ihrer Geschäftsverbindung ... übernommen. ...
3. Die Bürgschaft ist selbstschuldnerisch unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage übernommen. Der Bürge verzichtet auf die Einreden der Anfechtbarkeit und der Anrechenbarkeit ... sowie auf die Einrede der Verjährung der Hauptschuld ... .Der Bürge kann keine Rechte aus der Art oder dem Zeitpunkt der Verwertung oder der Aufgabe anderweitiger Sicherheiten herleiten. Die

Sparkasse ist nicht verpflichtet, sich an andere Sicherheiten zu halten, bevor sie den Bürgen in Anspruch nimmt. ...

Die Krediterhöhung wurde daraufhin bewilligt. Die Beschwerdeführerin erhielt für das Kreditkonto ihres Vaters ein Zeichnungsrecht, verfügte selbst aber über kein Vermögen. Sie hatte keine Berufsausbildung, war überwiegend arbeitslos und verdiente zur Zeit der Bürgschaftserklärung in einer Fischfabrik 1.150 DM monatlich netto.

Im Oktober 1984 gab der Vater der Beschwerdeführerin sein Immobiliengeschäft auf und betätigte sich nunmehr als Reeder. Die Stadtparkasse finanzierte den Kauf eines Schiffes mit 1,3 Mio. DM. Im Dezember 1986 kündigte sie die offen stehenden Kredite (etwa 2,4 Mio. DM) und teilte der Beschwerdeführerin mit, dass sie aus der Bürgschaft in Anspruch genommen werde.

Auch diesen Fall hatte der 9. Zivilsenat im Sinne seiner ursprünglichen Rechtsprechung entschieden. Er verneinte die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft.

Mit der Verfassungsbeschwerde rügte die Tochter dann vor dem Bundesverfassungsgericht die Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich im Ergebnis weitgehend der Haltung des 11. Zivilsenats angeschlossen. In den Gründen erkennt es zwar zunächst die Privatautonomie des Einzelnen und damit auch die Möglichkeit risikoreicher Geschäfte als durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet an. Es sieht die Privatautonomie dann jedoch als notwendigerweise begrenzt und der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bedürftig an. Diese Ausgestaltung der privatautonomen Betätigung durch das Zivilrecht müsse die grundrechtlichen Vorgaben beachten. Damit müsse das Zivilrecht zwar einerseits die privatautonome Betätigung des Einzelnen ermöglichen. Es dürfe jedoch andererseits nicht ausschließlich zu einem „Recht des Stärkeren“ führen. Insbesondere müsse verhindert werden, dass zivilrechtliche Verträge zur Fremdbestimmung strukturell unterlegener Parteien genutzt würden. Dies sei durch entsprechende Anwendung der zivilrechtlichen Generalklauseln und hier insbesondere eben auch des § 138 BGB möglich. Im Ergebnis kam es im vorliegenden Fall zum Urteil, dass der BGH diese Grundsätze nicht beachtet hätte.

Sittenwidrig sind nach dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mithin Verträge, die

- für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen sind, und

- die Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind.

Aufgrund dieses, in der Literatur größtenteils begrüßten Urteils hat auch der 9. Senat des BGH in mehreren **Folgeentscheidungen** die Sittenwidrigkeit von Bürgschaften vermögensloser Familienangehöriger angenommen. Dabei kann man die folgenden drei Punkte als die von der Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit von Bürgschaften, die den Bürgen überfordern, ausmachen:

- Die Bürgschaft ist in einer Zwangslage abgegeben worden (etwa aufgrund familiärer Verbundenheit);
- sie überfordert den Bürgen;
- der Bürge zieht aus dem verbürgten Geschäft selbst keinen unmittelbaren Vorteil.

Die **bisherige weitere Entwicklung der Rechtsprechung** ist durch die Tendenz gekennzeichnet, Bürgschaften von (gerade mal erwachsenen) Kindern für die Geschäfte ihrer Eltern einer „Vermutung der Sittenwidrigkeit“ zu unterwerfen, während Bürgschaften von Ehegatten wegen der nicht von der Hand zu weisenden Gefahr der Vermögensverschiebung zwar weniger misstrauisch betrachtet, aber mit zusätzlichen Kautelen versehen werden. Diese Kautelen führen letztlich dazu, dass die Inanspruchnahme der Bürgschaft durch den Gläubiger an die Bedingung geknüpft wird, dass ein Vermögenserwerb des Bürgen stattgefunden hat (Entscheidung vom 23. Januar 1997, IX ZR 69/96, NJW 1997, 1003).

Die Rechtsprechung zur Bürgschaft finanziell überforderter Ehegatten findet entsprechende Anwendung, wenn Hauptschuldner und Bürge durch eine eheähnliche Lebensgemeinschaft verbunden sind (BGH, Urteil vom 23. Januar 1997, IX ZR 55/96, WM 1997, 465).

Diese Rechtsprechung ist sowohl auf **Zustimmung wie auf Kritik** in der Literatur gestoßen. Die Kritiker verweisen letztlich wie zuvor der 9. Zivilsenat darauf, dass die Bürgschaft ein an sich risikoreiches Geschäft sei und dass der Bürge privatautonom selbst entscheiden müsse, ob er das mit der Bürgschaft verbundene Risiko tragen könne. Die Sittenwidrigkeit solcher den Bürgen überfordernder Bürgschaften sei erst dann anzunehmen, wenn zusätzliche Besonderheiten (etwa bei der Veranlassung der Bürgschaftserklärung) vorliegen. Dies sei etwa dann der Fall, wenn, wie es im oben geschilderten Fall des Bundesverfassungsgerichts geschehen war, der Bürge erklärt wird: „Unterschreiben Sie das mal, ich brauche das (nur) für meine Akten“ und zudem jede Begrenzung der Hauptschuld fehlte.

Insgesamt wird die weitere Entwicklung dieses viel diskutierten Problembereichs zu beobachten sein. Denn auch in der Rechtsprechung ist die Diskussion nicht zur Ruhe gekommen. Der IX. und der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs haben zu keiner einheitlichen Linie der Beurteilung der Ehegattenbürgschaften gefunden (vgl. Tonner, Sittenwidrigkeit von Ehegattenbürgschaften, JuS 2000, 17). Am 29.06.1999 hat der XI. Senat den lange fälligen Schritt getan und mit einem Vorlagebeschluss den Großen Senat in Zivilsachen angerufen (XI ZR 10/98, NJW 1999, 2584). Dazu hat sich der IX. Senat in ungewöhnlicher Weise zu Wort gemeldet und die Vorlage des XI. Senats als nicht rechtens deklariert (NJW 2000, 1185). Der Große Senat in Zivilsachen wird auch ohne diese Auseinandersetzung keine Gelegenheit bekommen, in dieser Frage eine klärende Entscheidung zu fällen. Der Revisionskläger hat seine Revision in der Sache, in der die Vorlage erfolgt war, zurückgenommen hatte (vgl. ZIP aktuell, Heft 11/2000, A 24 Nr. 53) und damit dem Bundesgerichtshof die Entscheidungsmöglichkeit genommen. Der XI. Zivilsenat hielt sich in der Folgezeit zu Änderungen der Rechtsprechung ohne Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen gemäß § 132 GVG in der Lage, weil er nach dem Geschäftsverteilungsplan des Bundesgerichtshofs seit dem 1. Januar 2001 an Stelle des IX. Zivilsenats für Bürgschaftssachen zuständig war (vgl. BGHZ 151, 34 = NJW 2002, 2228 unter II.2.b).

### 3. Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB)

Auch der in § 138 Abs. 2 BGB geregelte Wucher bildet eine spezielle Fallgruppe des sittenwidrigen Geschäfts („insbesondere“). Liegen die besonderen Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB vor, so braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob das Geschäft nach seinem Gesamtcharakter sittenwidrig ist, denn das Gesetz sieht es so an.

#### *a. Objektive Voraussetzungen*

##### **Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.**

Objektiv erfordert § 138 Abs. 2 BGB zunächst ein **auffälliges** Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.

Wann ein solches Missverhältnis vorliegt, kann nicht verallgemeinernd gesagt werden, sondern ist durch eine umfassende Würdigung der **Umstände des Einzelfalles** zu ermitteln. Der Gesetzgeber hat bewusst auf eine Festlegung einer bestimmten Wertrelation verzichtet, wie sie etwa das spätrömische Recht mit der

so genannten „laesio enormis“ (=Überschreitung des üblichen Preises um mehr als das Doppelte) vorsah.

Immerhin ist beim Darlehen bei einer Überschreitung des marktüblichen Zinses von mehr als 100% oder bei einem Zinssatz von 40% in der Regel von einem Missverhältnis i.S.d. § 138 Abs. 2 BGB auszugehen. Dennoch müssen auch bei derartigen Zinsen die Umstände des Einzelfalles beachtet werden. So kann in Zeiten hoher Zinsen schon eine geringere Überschreitung genügen, während in Zeiten niedriger Zinsen auch höhere Überschreitungen je nach den sonstigen Umständen des konkreten Falles noch sittengemäß sein können.

**Relevante Umstände**, aus denen sich im konkreten Fall ein Missverhältnis ergeben kann, können etwa sein: Marktüblichkeit, allgemeine Marktlage, Risikoverteilung, Spekulationscharakter des Geschäfts, u.ä..

*b. Zwangslage usw.*

Als nächstes objektives Tatbestandsmerkmal setzt § 138 Abs. 2 BGB auf Seiten des Bewucherten eine **Zwangslage, Unerfahrenheit, einen Mangel an Urteilsvermögen oder eine erhebliche Willensschwäche** voraus. Einer dieser Umstände muss objektiv vorliegen. Dabei werden die genannten Begriffe weit ausgelegt.

Eine **Zwangslage** liegt vor, wenn wegen einer augenblicklich dringenden Bedrängnis ein zwingendes Bedürfnis nach Sach- oder Geldleistungen besteht, welches dem Bewucherten das Eingehen des Geschäfts als das noch kleinere Übel erscheinen lässt. Dabei muss die Bedrängnis nicht unbedingt wirtschaftlicher Art sein. Dies wird de facto jedoch zumeist der Fall sein.

**Beispiel:** Der Geschäftsmann G steht aufgrund fehlgeschlagener Spekulationen kurz vor dem Ruin. Die Fortführung seines Geschäfts erfordert dringend neue Geldmittel. Dies schildert er seinem Bekannten B, der ihm daraufhin ein Darlehen mit monatlichen Zinsen in Höhe von 10% gewährt (Kreditwucher).

**Unerfahrenheit** ist der Mangel an Lebens- oder Geschäftserfahrung. Die Unerfahrenheit kann entweder eine allgemeine sein oder sich auf bestimmte Lebens- und Wirtschaftsbereiche beschränken. Nicht ausreichend ist hingegen, dass keine Erfahrungen mit einem bestimmten Geschäft vorliegen. So ist ein in einer bestimmten Branche wenig kundiger Kaufmann dennoch nicht unerfahren i.S.d. § 138 Abs. 2 BGB.

**Beispiel für Unerfahrenheit:** Ein Ausländer, der mit den hiesigen wirtschaftlichen Verhältnissen noch nicht vertraut ist, wird ein mit 20% verzinsliches Darlehen als „Starthilfe“ angeboten. Er nimmt dieses Angebot an.

Ein **Mangel an Urteilsvermögen** besteht, wenn jemandem in erheblichem Maße die Fähigkeit fehlt, sich bei rechtsgeschäftlichem Handeln von vernünftigen Beweggründen leiten zu lassen oder das Äquivalenzverhältnis der beiderseitigen Leistungen richtig zu bewerten. Der Mangel an Urteilsvermögen muss sich anders als die Unerfahrenheit gerade auf das konkrete Geschäft beziehen. Das fehlende Urteilsvermögen kann etwa auf zu hohem Alter, auf geringem Bildungsgrad oder auf einer Verstandesschwäche beruhen.

**Beispiel:** Der einfältige A, der keinen Schulabschluss hat, lässt sich zum Kauf des Münchner Kommentars überreden.

Unter **erheblicher Willensschwäche** ist eine verminderte Widerstandsfähigkeit zu verstehen, die z.B. auf Drogenabhängigkeit oder Alkoholismus beruhen kann. Auch die erhebliche Willensschwäche muss hinsichtlich des konkreten Geschäfts vorliegen.

**Beispiel:** Der Heroinabhängige H, der schon unter ersten Entzugserscheinungen leidet, lässt sich ein Darlehen zu 60% Zinsen geben, um neue Drogen kaufen zu können.

### *c. Subjektive Voraussetzungen*

Subjektiv setzt § 138 Abs. 2 BGB voraus, dass der Wucherer die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche eines anderen ausbeutet.

**Ausbeuten** ist das bewusste Ausnutzen der gegebenen schlechten Situation des Bewucherten.

Dies setzt Kenntnis des Wucherers sowohl von der besonderen Situation des Bewucherten wie auch Kenntnis des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung voraus. Einen fahrlässigen Wucher gibt es demgemäß nicht. Ausreichend ist jedoch Eventualvorsatz hinsichtlich der genannten Umstände.

Fehlt das subjektive Tatbestandsmerkmal der Ausbeutung, so liegt kein Wucher vor. Dies hat das OLG Stuttgart (NJW 1979, 2409, 2412) zwar bestritten, indem es nach dem so genannten „Sandhaufen-Theorem“ das Vorliegen des subjektiven Merkmals dann für entbehrlich gehalten hat, wenn das Tatbestandsmerkmal des



Missverhältnisses „übererfüllt“ sei. Dieser Auffassung wird jedoch in Literatur und auch vom BGH zu Recht entgegen gehalten, dass der Richter nicht Theoreme, sondern das Gesetz anzuwenden habe, und dass letzteres das subjektive Merkmal eben voraussetzt. Auch eine Analogie zu § 138 Abs. 2 BGB in den Fällen „übererfüllter“ objektiver Voraussetzungen ist unzulässig, denn es fehlt an einer Gesetzeslücke. Derartige Fälle können nach § 138 Abs. 1 BGB behandelt werden.

*d. Verhältnis des Wuchertatbestandes zu § 138 Abs. 1 BGB*

Wie eben angeklungen ist, schließt § 138 Abs. 2 BGB den Rückgriff auf Abs. 1 nicht aus, denn der Wuchertatbestand soll § 138 Abs. 1 BGB konkretisieren und nicht etwa einschränken.

Sind beispielsweise bei einem Ratenkreditvertrag unangemessen hohe Zinsen vereinbart, fehlt es jedoch an einer besonderen Situation des Kreditnehmenden i.S.d. Wuchertatbestandes, so kann das Geschäft nach § 138 Abs. 1 BGB immer noch nichtig sein. Man spricht hier von wucherähnlichen Krediten. Dabei fordert die Rechtsprechung in derartigen Fällen für eine Anwendbarkeit des § 138 Abs. 1 BGB jedoch, dass neben dem auffälligen Missverhältnis noch ein weiteres (nicht schon in § 138 Abs. 2 BGB) genanntes Sittenwidrigkeitselement hinzukommt. Häufig ist dies eine verwerfliche Gesinnung. Es kommen aber auch die Verletzung von Standesregeln oder andere Umstände in Betracht.

*e. Rechtsfolgen sittenwidriger Geschäfte*

Rechtsfolge des Verstoßes gegen die guten Sitten ist die **Nichtigkeit** des Geschäfts. Wie bei § 134 BGB erfaßt auch die Nichtigkeit bei § 138 BGB zunächst nur den sittenwidrigen Teil selbst. Die Wirksamkeit des übrigen Rechtsgeschäfts richtet sich nach § 139 BGB.

Für die Rückabwicklung sittenwidriger Geschäfte ist wiederum von Bedeutung, ob die Nichtigkeit nur das den sittenwidrigen Zweck enthaltene Verpflichtungs- oder daneben auch das an sich abstrakte Verfügungsgeschäft erfaßt.

Beim **Wucher** schließt man aus seinem insofern eindeutigen Wortlaut („versprechen oder gewähren lässt“), dass nicht nur das Verpflichtungs-, sondern auch das Verfügungsgeschäft des Bewucherten von der Nichtigkeit erfaßt wird. Dagegen sind die Verfügungen des Wucherers regelmäßig dinglich wirksam.

Bei § 138 Abs. 1 BGB fehlt eine entsprechende ausdrückliche Regelung. Man muss deshalb aufgrund des Trennungs- und Abstraktionsgrundsatzes die Wirksamkeit der beiden Geschäfte getrennt untersuchen. Aus der Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts allein folgt noch nicht die Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts.

Die Verfügung ist demgemäß nur dann nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn sie selbst mit dem Makel der Sittenwidrigkeit behaftet ist. Im Regelfall werden Verfügungen jedoch als „**sittlich neutral**“ und damit wirksam angesehen.

Ausnahmen macht die Rechtsprechung nur dann, wenn sich der Sittenverstoß gerade in der Verfügung auswirkt. Stimmen in der Literatur ist dies noch zu weitgehend. Sie möchten eine Sittenwidrigkeit der Verfügung nur dann annehmen, wenn durch die Nichtigkeit der Verfügung eine sittenwidrige Schädigung Dritter bzw. eine Ausbeutung des einen Vertragsteils durch den anderen verhindert werden kann.

Wenn das Verfügungsgeschäft aufgrund der gleichen Umstände, die das Sittenwidrigkeitsurteil hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäfts begründen, auch selbst sittenwidrig ist, spricht man von **Fehleridentität**.

Soweit – wie im Regelfall – die Verfügungen wirksam sind und die Rückabwicklung demgemäß über das Bereicherungsrecht erfolgt, ist § 817 S. 2 BGB zu beachten. Dieser Norm liegt der Gedanke zugrunde, dass derjenige nicht mit dem Schutz der Rechtsordnung rechnen darf, der sich mit seinem Geschäft außerhalb der Rechts- bzw. Sittenordnung stellt.

#### 4. Insbesondere: Wucherähnliche Ratenkredite

Vor Erlass des Verbraucherkreditgesetzes, das am 1. Januar 1991 in Kraft getreten ist und mit dem 1. Januar 2002 in das BGB integriert worden ist, versuchte die Rechtsprechung, den Verbraucher vor unangemessenen Kreditverträgen mit dem Instrument der Sittenwidrigkeitskontrolle zu schützen. Sie nahm § 138 Abs. 1 BGB zum Ausgangspunkt der Kontrolle und belegte Konsumentenkredite mit dem Sittenwidrigkeitsverdikt, wenn der vertraglich vereinbarte effektive Jahreszins relativ um mehr als 100% oder absolut um mehr als 12 Prozentpunkte über dem Vergleichszins lag, der den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank über den durchschnittlichen Zinssatz bei Ratenkrediten entnommen wurde und wird. Das Verbraucherkreditgesetz hat diese Sittenwidrigkeitskontrolle nicht abgelöst. Im

Gegenteil: Der Gesetzgeber hat sich trotz Anmahnung geweigert, eine Regelung für die sittenwidrigen Ratenkredite zu treffen.

Die Monatsberichte der Deutschen Bundesbank werden im Internet als pdf-Dateien zur Verfügung gestellt. Nach dem Bericht Dezember 2005 bewegte sich der Durchschnitt des effektiven Jahreszinses bei Ratenkrediten in den Monaten Februar bis Oktober 2005 zwischen 7,03 und 6,80%.

Mit dem effektiven Jahreszins soll ein einheitlicher Vergleichsmaßstab für Kredite geschaffen werden. In ihm soll die in einem Vomhundertsatz des Nettokreditbetrages (bei Geldkrediten) oder des Barzahlungspreises (bei Leistungskrediten) gemessene Gesamtbelastung pro Jahr zum Ausdruck gebracht werden. Wie das geschehen kann, wollen wir an einem Beispiel verdeutlichen, das dem Handbuch zum Verbraucherkredit von Reifner entnommen ist.

|  |             |
|--|-------------|
| Nettokredit  | 10.000,00DM |
| Kreditgebühren (1% p.m.)                           | 7.200,00DM  |
| Bearbeitungsgebühr                                 | 315,00DM    |
| Maklercourtage                                     | 500,00DM    |
| Gesamtkosten                                       | 8.015,00DM  |
| Laufzeit 72 Monate                                 |             |
| Auszahlung 1.1.1979                                |             |
| Rückzahlung 71 Monatsraten à 250,00 DM ab 1.2.1979 |             |
| 1 Monatsrate à 265,00 DM (letzte Rate)             |             |

In diesem Beispiel fehlt die Angabe des effektiven Jahreszinses, obwohl die Preisangabenverordnung diese Angabe verlangt. Die Rechtsprechung behandelt die Preisangabenverordnung aber nicht als Verbotsgesetz, so dass der Kreditvertrag schon nach § 134 BGB unwirksam wäre. Wir müssen uns also um den effektiven Jahreszinssatz bemühen, um feststellen zu können, ob der Kreditvertrag als wucherähnlicher Kredit nach § 138 BGB nichtig ist.

Betrachtet man den konkreten Kreditfall, so finden wir eine ganze Menge von Angaben zu dem Kreditverhältnis. Der effektive Jahreszins will sich daraus aber nicht ohne weiteres erschließen. Man könnte allenfalls geneigt sein, die Kreditgebühren mit 1% per Monat auf das Jahr hochzurechnen und einen Jahreszinssatz von 12% per anno annehmen. Mit dieser Milchmädchenrechnung, auf die möglicherweise die Banken durch die Angabe von Monatszinssätzen bauen, läge man aber völlig falsch. Zum einen würden damit nicht die Gesamtkosten erfasst (es fehlen die Bearbeitungsgebühr und die Maklerkosten), zum anderen - und das wiegt schwerer - werden die Kreditgebühren für die

gesamte Laufzeit auf den Nettokreditbetrag berechnet (1% von 10.000 sind 100 multipliziert mit 72 Monaten ergibt 7.200), obwohl der Nettokreditbetrag gar nicht für die gesamte Laufzeit zur Verfügung steht. Er wird vielmehr mit jeder Monatsrate um einen noch zu erörternden Tilgungsbetrag geringer. Die Effektivzinsberechnung muss diese Tilgung mit in Rechnung stellen.

*a. Methoden zur Berechnung des effektiven Jahreszinses*

Wir kennen verschiedene Methoden der Berechnung des effektiven Jahreszinses. Eine der Methoden lässt sich mit dem Taschenrechner in vertretbarer Zeit bewältigen. Es ist die Uniformmethode. Sie arbeitet mit folgender Formel:

$$\text{EffJahrZins} = \frac{\text{Gesamtkosten} \cdot 2400}{(\text{Laufzeit} + 1) \cdot \text{Nettokredit}}$$

Setzen wir in diese Formel die Werte unseres Falles ein, so erhalten wir einen effektiven Jahreszins von 26,35%.

Mit der Uniformmethode hat die Praxis in der Rechtsprechung sich lange Zeit begnügt. Sie ist unter dem geltenden Recht nicht mehr erlaubt. Im geltenden Recht stehen andere Methoden zur Diskussion. Es handelt sich um finanzmathematische Methoden, die anders als die Uniformmethode universell einsetzbar sind, die aber den Nachteil haben, dass sie nicht in vertretbarer Zeit mit einem Taschenrechner bewältigt werden können. Ihnen liegen nämlich Formeln zugrunde, die sich nicht zum effektiven Jahreszinssatz hin auflösen lassen. Diese Formeln ergeben den korrekten effektiven Jahreszinssatz nur durch wiederholtes Ausprobieren im Wege von Annäherungs- oder Iterationsverfahren. Um solche Iterationsverfahren lediglich mit einem Taschenrechner durchzuführen, braucht man viel Zeit. Die Zeit der Richter ist dafür zu kostbar. In dieser Lage müssen entweder andere ihr Expertenwissen dem Richter in jedem einzelnen Kreditfall zur Verfügung stellen (Beweis durch Sachverständige) oder aber die Richter bekommen solche Instrumente an die Hand, mit denen sie in vertretbarer Zeit die Berechnungen selber durchführen können. Diese Instrumente liegen in der EDV. Hier kann man entweder auf spezielle Kreditprogramme zurückgreifen - da weiß man aber häufig nicht, ob die auch richtig rechnen - oder aber mit einem Tabellenkalkulationsprogramm ein nicht spezifisch auf Kredite ausgerichtetes Rechenprogramm einsetzen, das in der Lage ist, die Daten des Kreditfalles aufzunehmen und den effektiven Jahreszinssatz durch Iterationsverfahren (Zielwertsuche) zu bestimmen. Sachverständiger oder Computer! Eine vertretbare andere Alternative ist nicht in Sicht.

Die Handhabung eines Tabellenkalkulationsprogramms gehört zur Allgemeinbildung und damit auch zur Bildung der Juristen (wenigstens der jüngeren Generation).

*b. § 4 der Preisangabenverordnung vom 14. Oktober 1992*

Verschiedene finanzmathematisch korrekte Methoden stehen miteinander im Streit. Eine spezifisch deutsche Methode ist die 360-Tage-Methode, die in § 4 Abs. 2 Preisangabenverordnung festgelegt war und dem deutschen Rechtsanwender auch durch § 4 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG vorgeschrieben wurde. § 4 Preisangabenverordnung in der Fassung vom 14. Oktober 1992 lautete:

(1) Bei Krediten sind als Preis die Gesamtkosten als jährlicher Vomhundertsatz des Kredits anzugeben und als „effektiver Jahreszins“ oder, wenn eine Änderung des Zinssatzes oder anderer preisbestimmender Faktoren vorbehalten ist (§ 1 Abs. 4), als „anfänglicher effektiver Jahreszins“ zu bezeichnen. Zusammen mit dem anfänglichen effektiven Jahreszins ist auch anzugeben, wann preisbestimmende Faktoren geändert werden können und auf welchen Zeitraum Belastungen, die sich aus einer nicht vollständigen Auszahlung des Kreditbetrages oder aus einem Zuschlag zum Kreditbetrag ergeben, zum Zwecke der Preisangabe verrechnet worden sind.

(2) Der anzugebende Vomhundertsatz gemäß Absatz 1 beziffert den Zinssatz, mit dem sich der Kredit bei regelmäßigem Kreditverlauf, ausgehend von den tatsächlichen Zahlungen des Kreditgebers und des Kreditnehmers, auf der Grundlage taggenauer Verrechnung aller Leistungen und nachschüssiger Zinsbelastung gemäß § 608 BGB staffelmäßig abrechnen läßt. Bei der Berechnung des anfänglichen effektiven Jahreszinses sind die zum Zeitpunkt des Angebots oder der Werbung geltenden preisbestimmenden Faktoren zugrunde zu legen. Der anzugebende Vomhundertsatz ist mit der im Kreditgewerbe üblichen Genauigkeit zu berechnen.

(3) ... (9)

Dieser Anordnung können wir zunächst einige Merkmale entnehmen, die für alle Methoden der Berechnung des effektiven Jahreszinssatzes gelten. Es sollen sämtliche Belastungen des Kreditnehmers erfasst werden, die sich auf den Kredit beziehen, d.h. vor allem nicht nur die laufzeitabhängigen Belastungen, sondern auch die Einmalgebühren oder ein eventuelles Disagio. Das kommt in dem Merkmal „ausgehend von den tatsächlichen Zahlungen des Kreditgebers und des Kreditnehmers“ zum Ausdruck. Es soll weiterhin eine taggenaue Verrechnung der Leistungen stattfinden. Es müssen mit anderen Worten die genauen Daten der Leistungen festgehalten werden. Die Besonderheit der in § 4 Abs. 2

PreisangabenVO angeordneten Methode lag in zweierlei begründet: zum einen in dem Abstellen auf die „bankübliche Genauigkeit“ und zum anderen in der Abrechnung nach dem Tilgungsmodell des § 608 BGB (jetzt § 488 Abs. 2 BGB).

Die bankübliche Genauigkeit führt dazu, dass ein Jahr in zwölf Monate zu je 30 Tagen aufgeteilt wird. Die Abrechnung nach dem Tilgungsmodell des § 488 Abs. 2 BGB (damals § 608 BGB) hat zur Folge, dass ein Jahr lang alle Rückzahlungen in voller Höhe zur Tilgung des Kredits verwendet werden. Auf die sich jeden Monat neu ergebende Nettokreditsumme wird dann der monatlich entstehende Zins berechnet. Am Ende des Jahres werden die im Laufe des Jahres entstandenen Zinsen zusammengefasst und dem Nettokredit zugeschlagen. Damit erhöht sich in diesem Zeitpunkt die zu verzinsende Summe. Die jetzt im folgenden Jahr gezahlten Raten werden aber wieder in voller Höhe von der neu gebildeten Kreditsumme abgezogen.

Den Kreditverlauf macht man sich am besten in einer Tabelle klar, die als gläserner Ratenplan fungiert. Die Tabelle kann man mit einem Tabellenkalkulationsprogramm erstellen. Der interessierte Leser erreicht die Tabelle in der Internetdokumentation mit einem Mausclick.

#### *c. Tilgungsgenaue Verrechnung nach dem Verzugmodell*

Eine konkurrierende Methode kann man die Methode der tilgungsgenaue Verrechnung nennen. Sie unterscheidet sich von der in § 4 Abs. 2 PAngVO angeordneten Methode vor allem durch ein an §§ 271, 367 BGB angelegtes Tilgungsmodell. Danach wird bei jeder Ratenzahlung zunächst der bis dahin entstandene Zins bezahlt und allein ein dann noch übrig bleibender Betrag zur Tilgung des Nettokredits verwendet. So verfährt man nach dem BGB mit allen von Gesetzes wegen zu verzinsenden Forderungen. Den Kreditverlauf macht man sich auch hier am besten in einer Tabelle klar, die als gläserner Ratenplan fungiert. Die Tabelle kann man mit einem Tabellenkalkulationsprogramm erstellen. Der interessierte Leser erreicht die Tabelle in der Internetdokumentation mit einem Mausclick.

#### *d. Die bankübliche Genauigkeit*

Die tilgungsgenaue Verrechnung kann für das Jahr mit 12 Monaten à 30 Tagen (bankübliche Genauigkeit) wie für das Jahr mit unterschiedlichen Monatslängen eingesetzt werden. Obwohl im Zeitalter der Computer eine vereinfachte Zinsberechnung mit 12 Monaten à 30 Tagen ein wenig antiquiert anmutet, habe ich

von dieser Berechnungsweise aus der Zeit von Bleistift und Papier Gebrauch gemacht, weil das BGB durch die Fristberechnungsvorschriften in den §§ 186 bis 193 (in Sonderheit § 191) diese Berechnungsweise zwar nicht fordert, aber doch legitimiert. Für die Berechnung nach europäischem Muster werden wir uns von der banküblichen Genauigkeit verabschieden müssen.

*e. Berechnung nach europäischem Muster*

Europaweit haben wir uns auf eine dritte Methode einzustellen. Seit dem 1. April 1998 ist es durch die Ergänzungsrichtlinie vom 16. Februar 1998 amtlich. Die Mitgliedstaaten müssen binnen zwei Jahren das nationale Recht so anpassen, dass es der Richtlinie entspricht. Was das für den deutschen Gesetzgeber bedeutet, ist allerdings alles andere als klar. Das liegt daran, dass die Richtlinie selbst eine Vielfalt von Berechnungsverfahren gestattet, die durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen bei einem konkreten Kredit führen können. Man braucht dazu nur den Anhang II zu studieren, bei dem für einen und denselben Kredit unter A ein Effektivzinssatz von 13,23% und unter B ein Effektivzinssatz von 13,19% (jeweils Beispiel 4) errechnet wird. In der Abteilung A wird mit dem Jahr gerechnet, wie es ist (unterschiedliche Monatslängen), während in der Abteilung B normierte Jahre (52 Wochen oder 12 gleichlange Monate à 30,41666 Tagen) zugrunde gelegt werden.

Der Richtliniengeber schlägt eine Methode vor, die man die Annuitäten- oder Rentenmethode nennen kann. Ihr liegt in der Gestalt, die sie in der Richtlinie gefunden hat, ein von den bisher vorgestellten Methoden völlig verschiedenes Modell zugrunde. Die Berechnung der Zinslast setzt nämlich nicht an dem sich ständig verändernden Kapitalstand an, sondern bei der jeweils gezahlten Rate. In der Rate ist ein Zinsanteil enthalten, der eine Funktion des Zinssatzes und der Zeit ist, die seit der Auszahlung des Kredits bis zum Zeitpunkt der Zahlung der betreffenden Rate vergangen ist. Die Rate muss abgezinst werden, und der effektive Jahreszinssatz ist der, bei dem die Summe der abgezinsten Raten den Nettokredit ergibt. Die allgemeine Formel lautet dafür:

$$\text{Nettokredit} = \sum \frac{A}{(1+i)^t}$$

Hier steht A für den Betrag der jeweiligen Rate, t für die Zeit (in Jahren), die von der Auszahlung des Nettokredits bis zum Ratenzahlungszeitpunkt verflissen ist, und i für den gesuchten effektiven Jahreszinssatz. Am besten macht man sich das vielleicht so klar, dass danach gefragt wird, welchen Betrag man beim Kreditgeber

vom Tage der Auszahlung des Nettokredits an hätte anlegen müssen, um bis zum Tage der Zahlung der Rate bei dem Zinssatz  $i$  auf den Betrag der Rate zu kommen. Dieses Modell wirkt nicht nur auf den ersten Blick kontraintuitiv. Es ist ja nicht der Kreditnehmer, der beim Kreditgeber Geld anlegt, sondern gerade umgekehrt wird ein Schuh daraus. Der Kreditgeber gibt dem Kreditnehmer Geld. Setzt man bei dem Geld gebenden Kreditgeber an, so kann man das Modell nur noch dadurch retten, dass man von Anfang an den einen Kredit in so viele Teilkredite zerlegt, wie Rückzahlungen durch den Kreditnehmer erfolgen. Der Kreditnehmer enthält also nicht einen Kredit, den er in 72 Raten zurückzahlt, sondern auf einen Schlag 72 Kredite mit unterschiedlichen Laufzeiten. Man kennt die Summe der Teilkredite. Sie macht den Nettokredit aus. Man kennt auch die Höhe der Rückzahlungen. Die sind im Vertrag und Ratenzahlungsplan festgelegt. Man kennt nur nicht die Höhe des einzelnen Teilkredits. Denn sie ist eine auf die Rate angewandte Funktion der Zeit und des (noch zu ermittelnden) Zinssatzes, wobei zur Zeitbestimmung noch die Unsicherheit der Berechnungsmethode hinzutritt (Berechnung unterjähriger Zeitabschnitte nach Normjahr oder nach effektiven Tagen).

*f. § 6 der Preisangabenverordnung vom 28. Juli 2000 in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung*

PAngV § 6 Kredite

(1) Bei Krediten sind als Preis die Gesamtkosten als jährlicher Vomhundertsatz des Kredits anzugeben und als „effektiver Jahreszins“ oder, wenn eine Änderung des Zinssatzes oder anderer preisbestimmender Faktoren vorbehalten ist (§ 1 Abs. 4), als „anfänglicher effektiver Jahreszins“ zu bezeichnen. Zusammen mit dem anfänglichen effektiven Jahreszins ist auch anzugeben, wann preisbestimmende Faktoren geändert werden können und auf welchen Zeitraum Belastungen, die sich aus einer nicht vollständigen Auszahlung des Kreditbetrages oder aus einem Zuschlag zum Kreditbetrag ergeben, zum Zwecke der Preisangabe verrechnet worden sind.

(2) Der anzugebende Vomhundertsatz gemäß Absatz 1 ist mit der im Anhang angegebenen mathematischen Formel und nach den im Anhang zugrunde gelegten Vorgehensweisen zu berechnen. Er beziffert den Zinssatz, mit dem sich der Kredit bei regelmäßigem Kreditverlauf, ausgehend von den tatsächlichen Zahlungen des Kreditgebers und des Kreditnehmers, auf der Grundlage taggenauer Verrechnung aller Leistungen abrechnen lässt. Es gilt die exponentielle Verzinsung auch im unterjährigen Bereich. Bei der Berechnung des anfänglichen effektiven Jahreszinses sind die zum Zeitpunkt des Angebots oder der Werbung geltenden preisbestimmenden Faktoren zugrunde zu legen. Der anzugebende Vomhundertsatz ist mit der im Kreditgewerbe üblichen Genauigkeit zu berechnen.

(3) ... (9)



In Absatz 2 finden wir die Umsetzung der EG-Richtlinie durch den deutschen Verordnungsgeber.

Mit dem 11. Juni 2010 ist die Preisangabenverordnung mit Blick auf die Verbraucherkredite abermals geändert worden. Die Änderungen betreffen vor allem den Anhang. Die Formel sieht ganz anders aus. Inhaltlich hat sie sich indessen nicht geändert. Man hat nur eine andere mathematische Darstellung gewählt. Auch ist die Rechengenauigkeit auf eine Stelle hinter dem Komma festgelegt worden.

Die für die Berechnung des effektiven Jahreszinses relevanten Passagen des § 6 Abs. 2 PreisangabenVO lauten nunmehr:

(2) Der anzugebende Vomhundertsatz gemäß Absatz 1 ist mit der in der Anlage angegebenen mathematischen Formel und nach den in der Anlage zugrunde gelegten Vorgehensweisen zu berechnen. Er beziffert den Zinssatz, mit dem sich der Kredit bei regelmäßigem Kreditverlauf, ausgehend von den tatsächlichen Zahlungen des Kreditgebers und des Kreditnehmers, auf der Grundlage taggenauer Verrechnung aller Leistungen abrechnen lässt. Es gilt die exponentielle Verzinsung auch im unterjährigen Bereich. ... Der anzugebende Vomhundertsatz ist mit der im Kreditgewerbe üblichen Genauigkeit zu berechnen.

Für die Berechnung nach dieser Vorschrift findet der Leser im Internet ein Programm:

<http://ruessmann.jura.uni-saarland.de/Kreditberechnung/>

### *g. Bewertung der unterschiedlichen Methoden*

Es ist hier nicht der Ort, über die Richtigkeit der einen oder anderen Methode zu rechten. International sind die Weichen zur Annuitäten- und Rentenmethode gestellt. Vom deutschen Unikat der 360-Tage-Methode haben wir uns verabschieden müssen. Ein geeignetes Modell für eine einheitliche Behandlung der vielen mit dem Zins zusammenhängenden Rechtsfragen (Berechnung des effektiven Jahreszinssatzes, Rückrechnung vorzeitig abgelöster Kredite, Anpassung von Krediten an neue Konditionen, bereicherungsrechtliche Rückabwicklung überzahlter Zinsen bei nichtigen Kreditverträgen) hat uns weder die Richtlinie noch ihre Umsetzung in deutsches Recht beschert. Das Gerechtigkeitsgebot, zu Zinsen nur und insoweit herangezogen zu werden, wie man die Kreditleistung des anderen in Anspruch nimmt, verletzt keine der vorgestellten Methoden. Die Entscheidung für eine der Methoden ist daher ein eher technisches Problem, zu dem unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten nur so viel

gesagt werden kann, dass die Entscheidung einheitlich für alle Kredite ausfallen sollte. Unterhalb der Gerechtigkeitsebene mag man noch anführen, dass die 360-Tage-Methode wie auch die Annuitäten- und Rentenmethode einen Zinseszinsseffekt aufweisen.

Für die rechtliche Bewertung des konkreten Kreditfalles spielen die unterschiedlichen Methoden keine Rolle. Zur Zeit der Kreditaufnahme betrug der marktübliche effektive Jahreszins für derartige Kredite 7,95%. Die eklatante Überschreitung des Marktzinses durch den Vertragszins machte das Kreditverhältnis sittenwidrig und damit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Die Folgen des Sittenwidrigkeitsverdikt sind nach der herrschenden Meinung im Bereicherungsrecht zu suchen. Daran soll auch das Verbraucherkreditgesetz nichts ändern, obwohl es für die Nichtigkeit wegen Formverstößes andere - und in meinen Augen wenigstens im Grundsatz angemessenere - Rechtsfolgen anordnet.

#### *h. Rechtsfolgen sittenwidriger (wucherischer oder wucherähnlicher) Kreditverträge*

Die Rechtsfolgen sittenwidriger Kreditverträge werden im Bereicherungsrecht gesucht. Dabei hat sich in der Praxis der Rechtsprechung ein Sonderrecht der wucherischen oder wucherähnlichen Kreditverträge herausgebildet, das man durch die folgenden Leitsätze umschreiben kann:

- Der Kreditgeber hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Kapitals, des Nettokredits, im Rahmen des vereinbarten Abwicklungsplans. Er muss mit anderen Worten dem Kreditnehmer das Kapital bis zu den vertraglich vereinbarten Fälligkeitszeiten belassen. Der Anspruch auf Rückzahlung des Kapitals wird aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB hergeleitet. Er ist nicht durch § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen. § 817 Satz 2 BGB schließt allein den Anspruch auf vorzeitige Rückzahlung des Kapitals aus.
- Der Kreditnehmer braucht keinerlei Zinsen für die Nutzung des ihm zur Verfügung gestellten Kapitals zu entrichten. Auch marktübliche Zinsen werden nicht nach § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB geschuldet.
- Gezahlte Zinsen kann der Kreditnehmer zurückfordern.
- Der Rückforderungsanspruch erfasst bei Ratenkrediten den in der jeweiligen Rate enthaltenen Zinsanteil. Der Zinsanteil berechnet sich nach einer gleich bleibenden Quote aus dem Verhältnis des Nettokreditbetrages zu den Gesamtkosten des Kredits.

Ob man dieses Regelwerk (und seine Begründungen) gutheißen kann, ist durchaus umstritten. Die Kritik richtet sich insbesondere gegen die Zinslosigkeit des Kredits.



---

Es ist nicht zwingend erforderlich, dass die aus rechtsgeschäftlichen Erklärungen Berechtigten und Verpflichteten die Willenserklärungen selbst abgegeben haben. Wir befassen uns im Folgenden mit der Stellvertretung und den Verträgen zugunsten Dritter.

---

### *I. Stellvertretung*

Kennzeichen der Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) ist, dass eine Person, der Vertreter, ein Rechtsgeschäft für eine andere Person, den Vertretenen, vornimmt und die Wirkungen dieses Rechtsgeschäfts den Vertretenen treffen, dieser also unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, obwohl er selbst nicht gehandelt hat. Die Möglichkeit, sich im rechtsgeschäftlichen Bereich vertreten zu lassen, entspricht den praktischen Bedürfnissen des modernen (Wirtschafts-)Lebens. Sie ist eine **Form der Arbeitsteilung** im rechtsgeschäftlichen Verkehr. Die weitere Form der Arbeitsteilung im rechtsgeschäftlichen Verkehr ist die Botenschaft. Der Bote übermittelt (oder empfängt) lediglich Erklärungen, die inhaltlich nicht von ihm stammen. Der Bote hat keine eigenen Entscheidungsmöglichkeiten mit Blick auf die Willenserklärung, die er übermittelt oder empfängt.

Die Arbeitsteilung allgemein bleibt natürlich nicht auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr beschränkt. Jenseits des rechtsgeschäftlichen Verkehrs spricht man von Gehilfen. Dabei gibt es diejenigen, die in die Erfüllung eigener Verpflichtungen des Geschäftsherrn eingebunden werden, die Erfüllungsgehilfen, und diejenigen, bei denen es an einer solchen Sonderverbindung zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten, mit dem der Gehilfe in Kontakt kommt, fehlt, die Verrichtungsgehilfen. Diese Unterscheidung gewinnt namentlich dann an Bedeutung, wenn es um die Schadensersatzpflicht für vom Gehilfen angerichtete Schäden geht. Für Erfüllungsgehilfen haftet der Geschäftsherr gemäß § 278 BGB ohne jede Entschuldigungsmöglichkeit. Insoweit übernimmt er eine Garantie. Für Verrichtungsgehilfen haftet er nach § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB auch. Er kann sich aber nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB exkulpieren. Er haftet mit anderen Worten nur für eigenes (wenn auch vermutetes) Verschulden.

Damit nun die Folgen rechtsgeschäftlichen Handelns nicht den Handelnden selbst treffen, sondern den Vertretenen, müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein.

Im Folgenden sollen zunächst diese Voraussetzungen näher untersucht werden. Die genannten Voraussetzungen können zugleich als Prüfungsschema für die Frage dienen, ob jemand wirksam als Vertreter gehandelt hat oder nicht. Dabei werden den einzelnen Voraussetzungen zugleich diejenigen Problempunkte zugeordnet, die dort auftreten können. Im Anschluss daran werden die Rechtsfolgen der Stellvertretung erläutert; zunächst bei bestehender Vertretungsmacht, danach – ausführlicher – die Folgen, die sich ergeben, wenn keine wirksame Vertretungsmacht bestand.

## **1. Voraussetzungen der Stellvertretung**

### *a. Zulässigkeit der Stellvertretung*

Die Vertretung durch einen anderen muss für das in Frage stehende Rechtsgeschäft zulässig sein. Das ist grundsätzlich bei allen Rechtsgeschäften der Fall. Etwas anderes, d.h. hier ist Stellvertretung ausgeschlossen, gilt nur für die höchstpersönlichen Rechtsgeschäfte, wie z.B. bei der Eheschließung (§ 1311 Satz 1 BGB) und der Testamentserrichtung (§ 2064 BGB).

### *b. Abgabe einer eigenen Willenserklärung*

Wie sich aus § 164 Abs. 1 BGB ergibt, gibt der **Vertreter** eine eigene Willenserklärung ab. Er ist also selbst der rechtsgeschäftlich Handelnde, wenn

auch die Folgen des Rechtsgeschäfts den Vertretenen treffen. Daher muss der Vertreter auch geschäftsfähig sein. Gemäß § 165 BGB reicht aber die **beschränkte Geschäftsfähigkeit** des Vertreters aus, da ihn die Rechtsfolgen aus dem von ihm getätigten Geschäft nicht treffen. Für ihn handelt es sich um ein so genanntes rechtlich neutrales Geschäft, das der beschränkt Geschäftsfähige – entgegen dem Wortlaut des § 107 BGB (teleologische Reduktion, da ihn aus dem Rechtsgeschäft keine rechtlich nachteiligen Folgen treffen) – auch ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters vornehmen kann.

Dass der Vertreter eine eigene Willenserklärung abgibt, hat noch in anderer Hinsicht Bedeutung: Die Stellvertretung ist zulässig bei Willenserklärungen und bei rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen (Willensäußerungen, an die das Gesetz bestimmte Rechtsfolgen knüpft, während diese Rechtsfolgen bei den Willenserklärungen gewollt sein müssen), wie z.B. der Mahnung (vgl. § 286 Abs. 1 BGB) und der Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung bei § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB. **Ausgeschlossen ist die Vertretung bei Realakten**, z.B. beim Besitzerwerb nach § 854 Abs. 1 BGB und bei der Übergabe im Rahmen von § 929 S. 1 BGB. Das wirft die Frage auf, wie denn die Übereignung nach § 929 S. 1 BGB erfolgt, wenn daran ein Vertreter mitwirkt. Bestandteil der Übereignung nach § 929 S. 1 BGB sind die (dingliche) Einigung und die Übergabe. Bei der dinglichen Einigung handelt es sich um einen Vertrag, damit um Willenserklärungen, bei denen Vertretung unproblematisch möglich ist. Demgegenüber ist die Übergabe ein Realakt, bei dem Vertretung nicht möglich ist. Dennoch kann der Vertretene durch das Handeln des Vertreters Eigentum erlangen: Auf Seiten des Erwerbers erfordert die Übergabe, dass der Erwerber irgendeinen Besitz erwirbt. Das kann dadurch geschehen, dass sein Vertreter zugleich **Besitzdiener** (§ 855 BGB) ist und der Vertretene dadurch unmittelbaren Besitz erhält. Denkbar ist auch, dass zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter vor der Übergabe ein (antizipiertes) **Besitzmittlungsverhältnis** (§ 868 BGB) vereinbart wurde, wodurch der Vertretene bei der Übergabe mittelbarer Besitzer der Sache wird, was für die Übergabe ausreicht. Auf diese Weise kann der Vertretene durch das Handeln des Vertreters Eigentum nach § 929 S. 1 BGB erlangen.

Zu beachten dabei ist, dass der Vertreter nur im Rahmen der dinglichen Einigung als Vertreter handelt, im Rahmen der Übergabe jedoch als Besitzdiener oder Besitzmittler, was nichts mit seiner Stellung als Vertreter zu tun hat und worauf die §§ 164 ff. BGB keine Anwendung finden.

Die Tatsache, dass der Vertreter eine eigene Willenserklärung abgibt, unterscheidet ihn auch vom Boten. Der (Erklärungs-)Bote überbringt lediglich eine fremde Willenserklärung, weshalb man ihn auch als „Brief auf Beinen“ bezeichnen

könnte. Ob jemand als Vertreter oder Bote handelt, entscheidet sich nach dem äußeren Auftreten, wie es für den Vertragspartner erkennbar ist. Dabei spricht die Tatsache, dass die betreffende Person einen eigenen Entscheidungsspielraum hat, für ein Handeln als Vertreter, das Fehlen eines solchen für eine Botenstellung. Zwingend ist dies jedoch nicht, denn der „Vertreter mit gebundener Marschroute“ hat nach dem Umfang der ihm erteilten Vollmacht ebenfalls keinen Entscheidungsspielraum. Entscheidend ist aber, wie er nach den Umständen des Einzelfalls dem Vertragspartner gegenüber auftritt und wie dieser sein Verhalten verstehen durfte.

Schwierig ist auch die **Unterscheidung** zwischen **Empfangsvertreter** (§ 164 Abs. 3 BGB) und dem **Empfangsboten**, da beide dasselbe tun, nämlich eine Willenserklärung entgegennehmen. Bedeutung hat diese Unterscheidung insbesondere für den Zeitpunkt des Zugangs von Willenserklärungen: Hält sich der Empfangsvertreter/-bote im Machtbereich des Empfängers auf und wird die Erklärung zu den üblichen Geschäftszeiten entgegen genommen, so geht die Willenserklärung zu, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers (regelmäßig dessen Wohnung oder Geschäftsräume) gelangt, unabhängig davon, ob sie von einem Vertreter oder Boten entgegen genommen wird. Nimmt die Hilfsperson die Willenserklärung jedoch außerhalb des Machtbereichs des Empfängers oder außerhalb der üblichen Geschäftszeiten entgegen, so wird sie beim Empfangsvertreter sofort wirksam, beim Einschalten eines Empfangsboten jedoch erst in dem Zeitpunkt, in dem nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge mit der Weiterleitung an den Geschäftsherrn zu rechnen ist. Das kann bedeutsam werden, wenn noch ein Widerruf erklärt werden soll, der gemäß § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB vor oder gleichzeitig mit der Willenserklärung zugehen muss.

### *c. Handeln in fremdem Namen (Offenkundigkeitsgrundsatz)*

Eine wirksame Vertretung setzt weiterhin voraus, dass die Willenserklärung erkennbar **„im Namen des Vertretenen“** (§ 164 Abs. 1 BGB) abgegeben wird. Dazu bedarf es keiner ausdrücklichen Erklärung des Vertreters; es genügt, wenn sich das Handeln für einen anderen aus den Umständen ergibt (§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB). Sinn und Zweck dieses **Offenkundigkeitsgrundsatzes** ist der Schutz des Geschäftspartners des Vertretenen: Dieser soll wissen, dass er nicht mit demjenigen den Vertrag schließt, der ihm gegenüber handelt (Vertreter), sondern mit einer anderen Person. Denn andernfalls würde er möglicherweise im Vertrauen darauf, dass der Vertrag mit dem zahlungsfähigen Vertreter zustande kommt, einen Vertrag mit dem zahlungsunfähigen Vertretenen schließen.



Dieser Schutzzweck des Offenkundigkeitsgrundsatzes bestimmt auch Reichweite und Ausnahmen des Prinzips.

Unbestritten erfordert das Offenkundigkeitsprinzip das erkennbare Auftreten als Vertreter, d.h. es muss deutlich werden, dass durch die Handlung nicht der Vertreter, sondern ein anderer berechtigt und verpflichtet wird. Umstritten ist, ob darüber hinaus auch erkennbar sein muss, für wen der Vertreter auftritt. Zu diesem Streit ist zu sagen: Für dieses weitergehende Erfordernis, auch die Person des Vertretenen zu benennen, spricht der Wortlaut des § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB, der fordert, dass die Willenserklärung „im Namen des Vertretenen“ (und eben nicht nur „im Namen eines anderen“) abzugeben ist. Zu fragen ist jedoch, ob diese Auslegung auch vor dem Hintergrund des Schutzzwecks zwingend ist. Sicherlich dient es dem Schutz des Vertragspartners, wenn der Vertretene zumindest konkludent benannt werden muss. Seinem Schutzinteresse ist aber schon dann genügt, wenn er weiß, dass der Vertrag nicht mit dem Vertreter zustande kommt. Dann ist es an ihm, den Vertretenen (z.B. durch Nachfrage beim Vertreter) ausfindig zu machen oder den Vertrag zu schließen, ohne dies getan zu haben. Er geht dann eben ein Risiko ein, das ihm bewusst ist, vor dem er folglich auch nicht mehr geschützt zu werden braucht. Deshalb ist eine Nennung des Namens des Vertretenen nicht erforderlich. Zu fordern und ausreichend ist, dass der Vertreter deutlich macht, dass er als Vertreter handelt.

*i. § 164 Abs. 2 BGB*

Häufig wird das Offenkundigkeitsprinzip auch an § 164 Abs. 2 BGB festgemacht. Diese schwer verständliche Norm könnte man so verstehen, dass sie zwei Aussagen enthalte:

Die erste beträfe die Fälle, in denen zweifelhaft ist, ob in eigenem oder fremdem Namen gehandelt wurde. Wenn bei Abgabe der Willenserklärung der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht für den Geschäftspartner erkennbar hervortritt, dann „kommt der Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, nicht in Betracht.“ Danach ist in Zweifelsfällen, wenn der Handelnde seinen Vertreterwillen nicht erkennbar gemacht hat, der Handelnde selbst aus dem Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet. Dies ergibt sich aber bereits aus Absatz 1 bzw. dem hier mit angesprochenen Grundgedanken, dass jegliches rechtsgeschäftliche Handeln dem Handelnden zugerechnet wird, wenn er nicht zu erkennen gibt, dass er für einen anderen handelt. Mit dieser Aussage erwiese sich Absatz 2 als überflüssig. Seine wahre Funktion kommt auch in der zweiten Aussage zum Ausdruck. Das ist die allein zutreffende Aussage: § 164 Abs. 2 BGB schließt die Irrtumsanfechtung aus.

Es kann vorkommen, dass jemand in fremdem Namen, d.h. als Vertreter, auftreten will, dies aber dem Geschäftspartner nicht hinreichend deutlich macht, also irrtümlich im eigenen Namen auftritt. Dann hat er im eigenen Namen gehandelt und wird selbst Vertragspartner. Er könnte diese Erklärung aber an sich nach § 119 Abs. 1 Fall 1 (Inhaltsirrtum) anfechten. Diese Anfechtungsmöglichkeit ist ihm jedoch durch § 164 Abs. 2 BGB genommen: Der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, kommt nicht in Betracht.

### *ii. Handeln unter fremdem Namen*

Ein weiteres Problem im Rahmen des Offenkundigkeitsprinzips sind die Fälle, die gemeinhin als „Handeln unter fremdem Namen“ bezeichnet werden.

Um deutlich zu machen, wo das Problem dieser Fälle liegt, zunächst ein kleines Beispiel.

**Beispiel:** Klein möge sich für das Auto des Groß interessieren. Er besichtigt dieses. Klein und Groß kannten sich bis dato nicht und stellten sich auch nicht namentlich vor. Als es zum Kaufvertrag kommt, unterschreibt Groß als Verkäufer. Auf Käuferseite unterschreibt Klein mit dem Namen „Becker“.

Zwischen wem ist der Kaufvertrag zustande gekommen?

Die **Lösung** dieses unscheinbaren Falles sieht wie folgt aus:

Der Kaufvertrag ist zwischen Groß und Becker zustande gekommen, wenn Klein den Becker beim Kaufvertragsschluss wirksam vertreten hat. Es sind also die Voraussetzungen der Stellvertretung zu prüfen.

Klein hat eine eigene Willenserklärung abgegeben. Zu prüfen ist, ob er in fremdem Namen gehandelt hat. Man könnte auf den Gedanken kommen, dass ein Handeln in fremdem Namen vorliegt, da Klein ja mit „Becker“ unterschrieben hat. Das ist aber falsch (und darin liegt zugleich die größte Gefahr dieser Fälle). Denn Offenkundigkeit („Handeln in fremdem Namen“) bedeutet, dass Klein bei seiner Erklärung – zumindest konkludent – deutlich macht, „ich bin zwar nicht Becker, handele aber für ihn“. Nur dann ist dem Sinn und Zweck des Offenkundigkeitsprinzips (dem Geschäftspartner deutlich zu machen, dass nicht die vor ihm stehende Person sein Vertragspartner ist) genüge getan. Das hat Klein hier aber nicht getan, denn Groß wird denken, dass die vor ihm stehende Person „Becker“ ist und diese sein Vertragspartner wird. Es fehlt also an der Offenkundigkeit der Vertretung, so dass als Zwischenergebnis festzuhalten bleibt, dass keine wirksame Vertretung erfolgte, Becker also nicht Vertragspartner des Groß wurde.

Man sagt, Klein hat unter fremdem Namen gehandelt, nicht aber in fremdem Namen, wie in § 164 Abs. 1 BGB verlangt.

§ 164 Abs. 1 BGB könnte jedoch auf das Handeln unter fremdem Namen analog anwendbar sein.

Das hängt davon ab, ob der Sinn des Offenkundigkeitsprinzips (der Schutz des Vertragspartners, hier des Groß) diese Analogie zulässt. Dabei ist zu differenzieren:

Kommt es dem Groß nicht darauf an, welchen Namen sein Vertragspartner in Wirklichkeit trägt, sondern will er den Vertrag nur mit der tatsächlich vor ihm stehenden Person schließen, dann besteht keine Veranlassung, § 164 Abs. 1 BGB analog anzuwenden. Es kommt dann kein Vertrag zwischen Groß und Becker zustande, sondern ein Kaufvertrag zwischen Groß und dem vor ihm stehenden Klein (sog. Namenstäuschung).

Anders ist es, wenn Groß den Vertrag gerade mit dem Namensträger „Becker“ abschließen will (etwa weil dieser sehr bekannt ist und Groß die Tatsache, dass „Becker“ ein Auto von Groß fährt, zu Werbezwecken nutzen will). Dann ist es geboten, die §§ 164 ff. BGB entsprechend anzuwenden (sog. Identitätstäuschung). Das bedeutet allerdings noch nicht, dass zwischen Groß und Becker ein wirksamer Vertrag geschlossen wurde. Dazu müsste Klein auch mit Vertretungsmacht (zu dieser Voraussetzung später) gehandelt haben, woran es in diesen Fällen regelmäßig fehlen wird. Dann gelten die §§ 177 ff. BGB (auch dazu Genaueres später), so dass bei fehlender Genehmigung des Becker der Klein nach § 179 Abs. 1 BGB haftet.

### *d. Durchbrechungen des Offenkundigkeitsprinzips*

Ausgehend vom Schutzzweck des Offenkundigkeitsprinzips können schließlich auch diejenigen Fälle bestimmt werden, in denen es ausnahmsweise keine Anwendung findet: eben in den Fällen, in denen es dem Vertragspartner gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag schließt.

#### *i. Geschäft für den, den es angeht*

Als erste Ausnahme wird gemeinhin das Geschäft für den, den es angeht, genannt. Dabei geht es um Folgendes: Schickt der Vater seinen Sohn zum Brötchenkauf, dann wird der Sohn weder ausdrücklich noch konkludent die Brötchen „für den Vater“ kaufen. Er wird vielmehr „vier Brötchen und zwei Croissants“ kaufen. Damit ist aber dem Offenkundigkeitsprinzip nicht Genüge getan, so dass der Vertrag mit dem Sohn zustande kommen würde. Bei diesen **Bargeschäften des alltäglichen Lebens** ist es den Beteiligten aber regelmäßig egal, mit wem sie den

Vertrag schließen, da dieser sofort erfüllt wird. Da dem Verkäufer sein Vertragspartner gleichgültig ist, schließt er den Vertrag mit dem, den es angeht, eben dem Vater. Dies gilt sowohl für den schuldrechtlichen Kaufvertrag als auch für die dingliche Einigung.

### *ii. Unternehmensbezogene Erklärungen*

Als zweite Ausnahme wird häufig das **Geschäft für den Inhaber eines Gewerbebetriebs** genannt. In diesen Fällen wird beim Handeln des Angestellten für den Betrieb der Betriebsinhaber berechtigt und verpflichtet, auch ohne dass der Angestellte beim Vertragsschluss dies ausdrücklich klarstellen müsste. Das ist insoweit unstrittig. Genau genommen handelt es sich dabei jedoch nicht um eine Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip, sondern gerade um dessen Anwendung: Denn es genügt, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Angestellte für den Betriebsinhaber handelt (§ 164 I 2 BGB). Diese Umstände sind z.B. die Bestellung auf Geschäftspapier, die Art oder Menge der bestellten Artikel usw.. Dann ergeben die Umstände, dass die Willenserklärung im Namen des Vertretenen erfolgt. Ergeben die Umstände dies jedoch nicht oder bleibt zweifelhaft, ob es sich um ein sog. unternehmensbezogenes Geschäft handelt, dann wird der Angestellte Vertragspartner. Nur wenn es sich erkennbar um ein unternehmensbezogenes Geschäft handelt und nur unklar bleibt, ob der Handelnde Vertreter oder selbst Betriebsinhaber ist, kommt das Geschäft mit dem wirklichen Inhaber zustande. Diese Fallgruppe ist also keine Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip, sondern gerade dessen strikte Anwendung.

### *e. Vertretungsmacht*

Letzte Voraussetzung einer wirksamen Stellvertretung ist das **Handeln mit Vertretungsmacht**, d.h. mit der Rechtsmacht einen anderen zu berechtigen und zu verpflichten.

Die Vertretungsmacht ergibt sich entweder **aus dem Gesetz** (gesetzliche Vertretungsmacht) **oder aus** einem **Rechtsgeschäft** (rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht oder Vollmacht, § 166 Abs. 2 BGB). Die Vertretungsmacht als Organ einer juristischen Person ist eine gesetzliche. Die Vertretungsmacht kraft Rechtscheins knüpft an äußere Merkmale einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht an, die als rechtsgeschäftliche aber nicht besteht.

### *i. Gesetzliche Vertretungsmacht*

Die Vertretungsmacht kann auch auf gesetzlicher Anordnung beruhen.

**Organe juristischer Personen.** Juristische Personen können als solche nicht selbst handeln, sondern müssen sich durch ihre Organe vertreten lassen. So wird z.B. die GmbH durch ihren Geschäftsführer vertreten (§ 35 Abs. 1 GmbHG).

**Gesetzliche Vertreter bei Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit.** Die Eltern vertreten gemäß § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB ihr Kind gemeinschaftlich, sog. Gesamtvertretung. Das bedeutet aber nicht, dass die Eltern immer gemeinsam handeln müssten. Es genügt, dass einer das Rechtsgeschäft im Namen des Vertretenen vornimmt und der andere diesem intern zustimmt.

*ii. Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht, Vollmacht*

*(1) Form der Vollmacht*

Die Vollmacht wird durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die sog. Bevollmächtigung, begründet. Ihre **Erteilung** ist **grundsätzlich formfrei** (vgl. § 167 Abs. 2 BGB). Eine möglicherweise bestehende Formvorschrift betrifft eben nicht die Vollmachtserteilung, sondern nur das vom Vertreter getätigte Geschäft, obwohl daraus der Vertretene berechtigt und verpflichtet wird.

Daraus wird deutlich, dass die Bestimmung des § 167 Abs. 2 BGB in Widerspruch zum Schutzzweck vieler Formvorschriften geraten kann. So wird der durch § 311b Abs. 1 S. 1 BGB bezweckte Übereilungsschutz verfehlt, wenn der Grundstückseigentümer die Vollmacht mündlich erteilen kann und lediglich der Vertreter die Formvorschrift des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB erfüllen muss. Verständlich wird dies nur dann, wenn man berücksichtigt, dass die Vollmacht gemäß § 168 Satz 2 BGB grundsätzlich frei widerruflich ist und der Vertretene seine vertragliche Bindung auf diese Weise vermeiden kann.

Damit ist aber schon angedeutet, dass es **Fälle** geben kann, in denen § 167 Abs. 2 BGB einschränkend anzuwenden ist, d.h. in denen die Vollmachtserteilung **formbedürftig** ist.

Das ist z.B. der Fall, wenn die Erteilung einer Vollmacht zum Grundstücksverkauf unwiderruflich erfolgt. Denn dann ist der Vertretene bereits durch die Bevollmächtigung unmittelbar gebunden und der Schutzzweck des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB erfordert die entsprechende Form auch für die Vollmacht.

Auch die Erteilung einer (widerruflichen) Vollmacht zur Abgabe einer Bürgschaftserklärung bedarf nach neuerer Rechtsprechung (BGHZ 132, 119 ff. =

BGH NJW 1996, 1467 ff. lesen!) der Form des § 766 S. 1 BGB. Dabei ist auf den ersten Blick nicht ersichtlich, warum nun auch eine widerrufliche Vollmachtserteilung den Formerfordernissen des § 766 S. 1 BGB unterworfen wird. Denn an sich kann der Vertretene die Vollmacht jederzeit widerrufen. Jedoch gilt es zu berücksichtigen, dass § 766 S. 1 BGB allein dem Schutz vor übereilter Übernahme der Bürgenverpflichtung dient. Dieser Schutz würde aber ausgehöhlt, wollte man die Erteilung der Vollmacht formlos gültig sein lassen. Denn die Vollmacht zur Erteilung der Bürgschaftserklärung wird in der Regel dem Hauptschuldner oder dem Gläubiger erteilt, deren Interessen sie auch ausschließlich dient und die davon häufig unmittelbar Gebrauch machen. Diese Konstellation macht es notwendig, in diesem Fall auch die widerrufliche Vollmachtserteilung der Formvorschrift des § 766 S. 1 BGB zu unterwerfen.

### *(2) Arten der Vollmacht*

Hinsichtlich des Umfangs der erteilten Vollmacht unterscheidet man in Spezialvollmacht, Gattungsvollmacht und Generalvollmacht.

Die Spezialvollmacht gilt nur für ein bestimmtes Geschäft, die Gattungsvollmacht für eine Gattung von Rechtsgeschäften (so enthält z.B. die Einstellung als Fernfahrer die konkludente Gattungsvollmacht zu allen Geschäften, die auf Fernfahrten regelmäßig erledigt werden müssen, wie z.B. Tanken, kleinere Reparaturen etc.) und die Generalvollmacht für Vertretungen aller Art. Bei der Prokura (§§ 49, 50 HGB) ist der Umfang der Vollmacht zwingend gesetzlich festgelegt. Das ändert jedoch nichts daran, dass die Prokura eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht ist, die aber nur ausdrücklich erteilt werden kann (§ 48 Abs. 1 HGB).

Hinsichtlich der **Erteilung** der Vollmacht unterscheidet man zwischen der **Innenvollmacht** und der **Außenvollmacht**. Bei der Innenvollmacht (§ 167 Abs. 1 Fall 1 BGB) wird die Bevollmächtigung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung vom Vertretenen gegenüber dem Vertreter erklärt. Bei der Außenvollmacht (§ 167 Abs. 1 Fall 2 BGB) wird die Bevollmächtigung des Vertreters vom Vertretenen gegenüber dem Geschäftspartner erklärt. Mit dieser Erklärung gegenüber dem Geschäftspartner ist die Bevollmächtigung des Vertreters wirksam, ohne dass dieser daran mitwirkt. Nicht um eine Außenvollmacht handelt es sich, wenn der Vertretene dem Geschäftspartner mitteilt, dass er einen Vertreter bevollmächtigt hat. Die Bevollmächtigung erfolgte dann als Innenvollmacht; die Erklärung gegenüber dem Geschäftspartner ist lediglich eine Wissenserklärung über die bestehende Bevollmächtigung eines Vertreters, keine Willenserklärung.

Für die Frage, ob die Vollmacht wirksam erteilt wurde und in welchem Umfang sie besteht, macht es keinen Unterschied, ob es sich um eine Innen- oder Außenvollmacht handelt. Lediglich wenn der Vollmachtserteilung Willensmängel zugrunde liegen, erlangt die Unterscheidung Bedeutung für die Frage, wie die Anfechtung erfolgen muss (dazu später).

Sehr wichtig (und häufige Fehlerquelle) ist dagegen der Unterschied zwischen der Innenvollmacht und dem Innenverhältnis.

### *(3) Innenverhältnis und Außenverhältnis*

Während die Vollmacht die Rechtsbeziehungen zwischen Vertretenem und Geschäftspartner betrifft, versteht man unter dem Innenverhältnis das Rechtsverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter. Dabei handelt es sich häufig um einen Dienst-/Arbeitsvertrag (§§ 611 ff. BGB) oder um einen Auftrag (§§ 662 ff. BGB). In diesem Innenverhältnis sind die Rechte und Pflichten von Vertretenem und Vertreter zueinander geregelt. Die Bevollmächtigung ist von dem ihr zugrunde liegenden Innenverhältnis (z.B. einem Auftrag) streng zu trennen. Diese Trennung wird als Abstraktionsprinzip bezeichnet. Es ist in seiner Wirkung mit dem bereits kennen gelernten Trennungs- und Abstraktionsprinzip zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft vergleichbar, darf jedoch damit nicht verwechselt werden. Die Trennung bewirkt, dass die Vollmacht sowohl in ihrer Gültigkeit als auch in ihrem Umfang von dem Innenverhältnis unabhängig ist. Ist etwa der Auftrag nichtig, so ändert dies nichts an der Wirksamkeit der Vertretungsmacht und dem vom Vertreter für den Vertretenen vorgenommenen Geschäft. Grund für diese Trennung zwischen Vollmacht und Innenverhältnis ist der Gedanke des Verkehrsschutzes und der Rechtssicherheit: Der Geschäftspartner soll nicht gezwungen sein, das Innenverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter zu erforschen.

Das **Abstraktionsprinzip** gilt auch hinsichtlich des Umfangs der Vollmacht.

So möge A den P in seinem Handelsgeschäft beschäftigen und ihm Prokura erteilen. Im Arbeitsvertrag ist vereinbart, dass P nur Geschäfte im Umfang bis 100.000,00 Euro tätigen darf. Erwirbt P nun entgegen dieser Vereinbarung von D Rohstoffe für 250.000,00 €, so ist der Vertrag zwischen A und D wirksam zustande gekommen, da der Umfang der Prokura in § 49 Abs. 1 HGB zwingend festgelegt ist und die Beschränkung im Innenverhältnis auf die Vollmacht keinen Einfluss hat. P hat dann mit Vertretungsmacht gehandelt, jedoch gegen seine Verpflichtungen aus dem Innenverhältnis verstoßen und sich damit gegenüber A ersatzpflichtig gemacht. (sog. Missbrauch der Vertretungsmacht).

A möge einen weiteren Mitarbeiter, nennen wir ihn B, beschäftigt haben, dem er als Chefeinkäufer eine (Innen-)Vollmacht für den Erwerb der für die Produktion benötigten Rohstoffe erteilt hat. In seinem Arbeitsvertrag findet sich die Klausel, keine Rohstoffe zu erwerben, deren Preis über 50,00 €Tonne liegt. Kauft B nun einen Rohstoff zu 55,00 €Tonne, dann ist A an diesen Vertrag gebunden, denn B hatte eine unbeschränkte (Innen-)vollmacht für den Erwerb von Rohstoffen; die Klausel im Arbeitsvertrag wirkt nur im Innenverhältnis zwischen A und B.

Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass A dem B eine (Innen-)Vollmacht für den Erwerb von Produktionsrohstoffen erteilt, diese Vollmacht (!) aber auf den Erwerb von Rohstoffen zum Preis von 50,00 €Tonne beschränkt. In diesem Fall wurde die Vollmacht als solche beschränkt. Erwirbt B nun Rohstoffe zum Preis von 55,00 €Tonne, so handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht (*falsus procurator*) - und eben nicht, wie oben, mit Vertretungsmacht, aber unter Missbrauch dieser. Er konnte dann den A nicht vertreten, und es kommt kein Vertrag zwischen A und D zustande, vielmehr greift § 179 BGB (dazu später).

Es ist also jeweils genau zu prüfen, ob die Vertretungsmacht selbst beschränkt wurde oder ob es sich lediglich um eine Abrede im Innenverhältnis handelte. Je nachdem handelt der „Vertreter“ als vollmachtloser Vertreter (*falsus procurator*) oder als Vertreter mit Vertretungsmacht, die er lediglich missbraucht, was grundsätzlich im Außenverhältnis zum Geschäftspartner ohne Auswirkungen bleibt.

#### *(4) Untervollmacht*

Die Fälle der Untervollmacht sind dadurch gekennzeichnet, dass sich der Vertreter eines weiteren Vertreters bedient. Dann müssen die Vertretungsvoraussetzungen sowohl im **Verhältnis Hauptvollmachtgeber – Vertreter** als auch im **Verhältnis Vertreter – Untervertreter** gegeben sein, wobei im Verhältnis Vertreter – Untervertreter zu prüfen ist, ob die Vertretung zulässig ist oder ob die Untervertretung durch den Hauptvollmachtgeber ausgeschlossen wurde, weil er eben gerade durch diesen Vertreter und keinen anderen vertreten werden wollte.

Sind sowohl Haupt- als auch Untervollmacht wirksam, so treffen die Rechtsfolgen des Geschäfts den Hauptvollmachtgeber.

Treten **Mängel** auf, so ist zu unterscheiden:

Der Untervertreter hat offen gelegt, dass er als Vertreter des Vertreters handelt und auf diese Weise Rechtsfolgen für den Hauptvollmachtgeber herbeiführen will.



Ist die Untervollmacht unwirksam, so haftet der Untervertreter nach § 179 BGB, denn „seine“ Vertretung ist ja fehlerhaft.

Ist die Hauptvollmacht unwirksam, dann haftet der (Haupt-)Vertreter, denn der Untervertreter hat ja deutlich gemacht, dass seine Vertretungsmacht nur vom Hauptvertreter abgeleitet ist, und diese ist nicht fehlerhaft.

Der Untervertreter hat nicht offen gelegt, dass er als Vertreter des Vertreters handelt, er ist im Namen des Hauptvollmachtgebers aufgetreten. Für den Geschäftspartner entsteht in diesem Fall der Anschein, dass nur eine einfache Stellvertretung vorliegt.

Ist die Untervollmacht unwirksam, dann haftet auch in diesem Fall der Untervertreter nach § 179 BGB

Ist die Hauptvollmacht unwirksam, dann haftet der Untervertreter nach § 179, denn er hat es durch die Nicht-Offenlegung der Unterververtretung versäumt, dem Geschäftspartner das Risiko einer doppelten Vertretung deutlich zu machen. Dann muss er sich ihm gegenüber auch so behandeln lassen, als sei er der einzige Vertreter (ohne Vertretungsmacht) des Geschäftsherrn. Der Untervertreter kann aber seinerseits den Hauptvertreter nach § 179 BGB in Anspruch nehmen.

### *iii. Erlöschen der Vollmacht*

**Erlöschen des Grundverhältnisses.** Oben haben wir gesehen, dass Vollmacht und Grund-/Innenverhältnis voneinander unabhängig sind. Eine Vollmacht kann also auch dann bestehen, wenn das Grundverhältnis unwirksam ist (sog. isolierte Vollmacht). Dieser Grundsatz wird durch § 168 S.1 BGB jedoch für das Ende der Vollmacht durchbrochen: Das Ende des Grundgeschäfts führt zum Erlöschen der Vollmacht, so z.B. das Ende des Arbeitsvertrags zum Erlöschen der Vollmacht des Einkäufers. Dabei ist im Falle des Auftrags zu beachten, dass der Auftrag im Zweifel nicht mit dem Tod des Auftraggebers (und Vollmachtgebers) endet (§§ 672 S.1, 675 BGB). Dann besteht auch die Vollmacht fort (sog. postmortale Vollmacht). Der Vertreter vertritt dann die Erben des Auftraggebers, denen aber die Möglichkeit des Widerrufs bleibt.

**Widerruf der Vollmacht.** Gemäß § 168 S. 2, 3 BGB ist die Vollmacht frei widerruflich, es sei denn, sie wurde unwiderruflich erteilt. Diese freie Widerrufsmöglichkeit hat ihren Grund in dem Vertrauensverhältnis, das regelmäßig zwischen Vertretenem und Vertreter besteht.

Der **Widerruf** ist eine **einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung**. Erfolgt er gegenüber dem Geschäftspartner, so kommt es darauf an, ob er vor oder zumindest gleichzeitig mit der Willenserklärung des Vertreters zugegangen ist. § 168 S. 3 BGB erklärt § 167 Abs. 1 BGB für entsprechend anwendbar. Das bedeutet aber nicht, dass eine Innenvollmacht nur dem Vertreter gegenüber und eine Außenvollmacht nur dem Geschäftspartner gegenüber widerrufen werden kann. Es steht dem Vollmachtgeber frei, wem gegenüber er widerruft. Das führt zu Problemen, wenn er eine als Außenvollmacht erteilte oder dem Dritten bekannt gemachte Innenvollmacht allein dem Vertreter gegenüber widerruft. Denn der Dritte vertraut ja auf den Fortbestand der Vollmacht. Die Lösung dieses Problems findet sich in den §§ 170 bis 173 BGB: Danach bleibt die Außenvollmacht in Kraft, bis ihr Widerruf dem Dritten mitgeteilt worden ist (§ 170 BGB), die nach außen kundgemachte Innenvollmacht bleibt solange in Kraft, bis ihre Kundgabe widerrufen wurde (§§ 171 Abs. 2, 172 Abs. 2 BGB). Geschützt wird dadurch der gutgläubige Dritte (§ 173 BGB), der für das Bestehen der Vollmacht das Wort des Vertretenen hat.

Ob in diesen Fällen die Vollmacht fortbesteht oder ob sie erloschen ist, die Vertretungswirkungen aber kraft Rechtschein eintreten, ist umstritten. In den Fällen der §§ 170 ff. BGB ist dieser Streit aber bedeutungslos, da die Folgen in den §§ 170 bis 173 BGB ausdrücklich geregelt sind.

#### *iv. Anfechtung der Vollmacht*

Da die Bevollmächtigung eine Willenserklärung ist, müssten für sie auch die „normalen“ Anfechtungsgründe gelten.

Solange von der Vollmacht kein Gebrauch gemacht wurde, bedarf es der Anfechtung gar nicht; dann kann die Vollmacht mit sofortiger Wirkung durch den Widerruf beseitigt werden.

Wurde jedoch von einer Innenvollmacht bereits Gebrauch gemacht, dann stellt sich folgendes **Problem**:

Angenommen A hat dem B Vollmacht erteilt, woraufhin B im Namen des A ein entsprechendes Geschäft mit C abgeschlossen hat. Ficht nun A die Bevollmächtigung des B an, so hat dies wegen der ex tunc-Wirkung der Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) zur Folge, dass B als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelte. Als solcher ist er dem C gegenüber zum Schadensersatz aus § 179 Abs. 1 und 2 BGB verpflichtet. B kann jedoch seinerseits von A aus § 122 Freistellung von dieser Verbindlichkeit oder – wenn er bereits geleistet hat – Schadensersatz in Höhe des an C geleisteten Schadensersatzes

verlangen. Auf diese Weise trägt letztlich A den Schaden seines Vertragspartners C; das ist auch richtig, denn dessen Schaden beruht ja auf dem Irrtum und der Anfechtung des A.

Zu Problemen kommt es jedoch, wenn A oder B vermögenslos sind. Ist A vermögenslos, so geht der Ersatzanspruch des B ins Leere und B bleibt auf dem Schaden sitzen. Ist B vermögenslos, so geht der Schadensersatzanspruch des C ins Leere, da ihm keine unmittelbaren Ansprüche gegen A zustehen.

Aufgrund dieser Problematik wurde vorgeschlagen, die Anfechtung der Vollmacht ganz auszuschließen. Das ist jedoch nicht notwendig, wenn man die Anfechtung in diesen Fällen leicht modifiziert: Dabei ist zu berücksichtigen, dass mit der Anfechtung der Bevollmächtigung materiell das Vertretergeschäft angegriffen wird. Daher ist Anfechtungsgegner bei der betätigten Innenvollmacht entgegen § 143 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht der Vertreter, sondern der Geschäftspartner. Dieser hat dann unmittelbar gegen den Vertretenen den Anspruch aus § 122 BGB. Auf diese Weise wird das Insolvenzrisiko angemessen verteilt. Entsprechendes gilt für die Anfechtung der nach außen kundgemachten Innenvollmacht. Der Anfechtung der Mitteilung gegenüber dem Geschäftspartner scheint zunächst entgegenzustehen, dass es sich bei dieser Mitteilung um eine Wissenserklärung, nicht aber um eine Willenserklärung handelt und Wissenserklärungen gerade nicht anfechtbar sind. Dann stünde der Geschäftspartner bei der nach außen kundgemachten Innenvollmacht aber besser als bei der Außenvollmacht, wofür es keinen Grund gibt. Deshalb kann hier die Mitteilung angefochten werden, mit der Folge, dass sich der Vertretene gegenüber dem Geschäftspartner aus § 122 BGB schadensersatzpflichtig macht.

### *v. Duldungs- und Anscheinsvollmacht*

Oben (im Rahmen der Erörterungen zum Widerruf der Vollmacht) haben wir die Fälle kennen gelernt, in denen der gute Glaube des Dritten an den Fortbestand einer einmal wirksam erteilten, inzwischen (z.B. durch Widerruf) aber erloschenen Vollmacht, geschützt wird. Dieser Schutz ist in den §§ 170 ff. BGB gesetzlich niedergelegt.

Darüber hinaus gibt es aber auch Fälle, in denen eine Vollmacht nie bestanden hat, der Dritte aber aufgrund des Erscheinungsbildes annehmen darf, dass eine Vollmacht erteilt worden sei. Hat der Vertretene seinerseits dazu beigetragen, dass sich dem Dritten der Schein einer Vollmacht bietet, dann ist der Dritte schutzwürdiger als der „Vertretene“. Jener wird dann im Interesse des Dritten unter bestimmten Voraussetzungen so behandelt, als hätte er den „Vertreter“ tatsächlich bevollmächtigt.

Dies sind die Fälle der Duldungs- und Anscheinsvollmacht. Sie basieren auf dem in den §§ 170 ff. BGB enthaltenen Rechtsgedanken, dass derjenige, der den **Rechtsschein einer Vollmacht** gesetzt hat, das vom Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft gegen sich gelten lassen muss. Im Einzelnen müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein, damit eine rechtsgeschäftliche Bindung des Vertretenen nach den Grundsätzen der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht eintritt:

- Es darf keine Vollmacht erteilt worden sein. Hier ist insbesondere zu prüfen, ob nicht eine Vollmacht konkludent erteilt wurde. Denn eine erteilte Vollmacht geht den Grundsätzen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht vor und schließt deren Anwendung aus.
- Das Handeln des „Vertreters“ muss den Rechtsschein einer Bevollmächtigung setzen. Das bedeutet, dass sich für den Dritten (nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte) das äußere Geschehen so darstellen muss, als habe der „Vertretene“ den „Vertreter“ bevollmächtigt.
- Dieser Rechtsschein einer Bevollmächtigung muss vom „Vertretenen“ in zurechenbarer Weise gesetzt worden sein.

Dabei ist zwischen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht zu unterscheiden:

Bei der Duldungsvollmacht muss der „Vertretene“ das Auftreten des „Vertreters“ als Vertreter kennen und es dulden, d.h. nicht dagegen einschreiten, obwohl er dagegen einschreiten könnte. Dabei ist vorrangig zu prüfen, ob in dem Gewährenlassen nicht eine konkludente Bevollmächtigung liegt. Das ist aber nur anzunehmen, wenn dem Gewährenlassen der objektive Erklärungswert einer Vollmacht beigelegt werden kann.

Bei der Anscheinsvollmacht weiß der „Vertretene“ nichts vom Auftreten des „Vertreters“ als Vertreter, er hätte davon aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt Kenntnis haben und es auch verhindern können.

- Der Geschäftspartner muss bei seinem rechtsgeschäftlichen Handeln auf den Rechtsschein vertraut haben. Er muss also von den Rechtsschein begründenden Tatsachen Kenntnis gehabt haben und sein Vertrauen muss für den Geschäftsabschluss ursächlich gewesen sein.
- Schließlich muss der Dritte – entsprechend § 173 BGB – gutgläubig gewesen sein, d.h. er durfte vom Fehlen der Vollmacht weder Kenntnis noch fahrlässige Unkenntnis haben.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, dann werden diese Fälle behandelt, als ob der „Vertretene“ eine wirksame Vollmacht erteilt hätte. Das bedeutet, dass der Vertretene aus dem vom Vertreter geschlossenen Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet wird.

Das ist für die Duldungsvollmacht unbestritten.

Für die Anscheinsvollmacht wird diese Lösung von der Rechtsprechung vertreten und dürfte inzwischen auch richterrechtliche Geltung beanspruchen. Dem lässt sich – dogmatisch überzeugend – entgegenhalten, dass die Nichtbeachtung der pflichtgemäßen Sorgfalt nach der Konzeption des BGB nicht das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts bewirken kann, sondern lediglich schadensersatzpflichtig macht. Folgt man dem, so begründet die Anscheinsvollmacht keine wirksame Vollmacht. Der „Vertretene“ wird also nicht vertraglich verpflichtet, sondern macht sich schadensersatzpflichtig nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo. Daneben können Ansprüche gegen den – nach dieser Auffassung – vollmachtlosen Vertreter aus § 179 BGB bestehen. Nach der Lösung der Rechtsprechung bestehen gegen den Vertreter keine Ansprüche aus § 179 BGB, da sie auch die Anscheinsvollmacht wie eine wirksam erteilte Vollmacht behandelt.

## **2. Rechtsfolgen der Stellvertretung**

### *a. Wirksame Vertretungsmacht*

Handelt der Vertreter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht – wozu auch die Fälle der Duldungs- und Anscheinsvollmacht (für letztere umstritten, s.o.) gehören -, so kommt das Rechtsgeschäft zwischen dem Geschäftspartner und dem Vertretenen zustande. **Berechtigt und verpflichtet wird nur der Vertretene;** Rechtsfolgen für den Vertreter ergeben sich nicht. Dem entspricht es, dass die Verpflichtungen aus der Anbahnung von Vertragsverhandlungen regelmäßig den Vertretenen treffen; dieser haftet demzufolge auch aus culpa in contrahendo, wenn der Vertreter eine solche Verhaltenspflicht verletzt

### *b. Eigenhaftung des Vertreters*

Nur ausnahmsweise und unter besonderen Umständen kommt daneben eine Eigenhaftung des Vertreters in Betracht. Die Fälle, die sich dazu in der Rechtsprechung ausgebildet haben, sind die **Fälle, in denen der Vertreter ein besonderes wirtschaftliches Interesse am Vertragsschluss hat oder wenn er in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat.** Seit dem 1.1.2002 gibt es für diese Haftung auch eine gesetzliche Grundlage: § 311 Abs. 3 BGB. Zur ersten Fallgruppe ist anzumerken, dass für die Annahme eines besonderen wirtschaftlichen Interesses des Vertreters ein nur mittelbares Interesse, wie z.B. das Provisionsinteresse des Vertreters, nicht ausreicht. Der Vertreter muss vielmehr wie in eigener Sache beteiligt sein.

Im Rahmen der zweiten Fallgruppe ist ebenfalls Zurückhaltung geboten. Denn das für die Eigenhaftung des Vertreters erforderliche Vertrauen muss über das normale Verhandlungstrauen, dass der Vertretene einen sachkundigen Vertreter einsetzt, hinausgehen. Ein solches besonderes persönliches Vertrauen kann sich aus der besonderen Sachkunde des Vertreters für den Vertragsgegenstand oder aus der Tatsache ergeben, dass der Vertreter den Eindruck besonderer persönlicher Zuverlässigkeit erweckt hat. Angenommen wurde dies für einen KFZ-Händler, der für einen Kunden einen Gebrauchtwagen verkauft.

### *c. Die Wissenszurechnung*

Von Interesse ist im Zusammenhang mit einer wirksamen Vertretungsmacht noch § 166 BGB. Ausgangspunkt für die Regelung in § 166 Abs. 1 BGB ist die Tatsache, dass der **Vertreter eine eigene Willenserklärung** abgibt. Deshalb kommt es darauf an, ob in seiner Person Willensmängel vorliegen oder ob er Kenntnis von bestimmten Umständen hat oder hätte haben müssen. Das bedeutet, dass der Vertretene (bzw. der Vertreter, sofern er dafür Vertretungsmacht besitzt) zur Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB nur berechtigt ist, wenn der **Vertreter sich geirrt hat**; ob er sich selbst geirrt hat, ist nach § 166 Abs. 1 BGB ohne Belang. Kommt es im Rahmen des Erwerbs vom Nichtberechtigten auf den guten Glauben des Erwerbers an und wurde dieser beim dinglichen Einigungsvertrag vertreten, so ist nach der Regelung des § 166 Abs. 1 BGB die Gut-/Bösgläubigkeit („Kenntnis oder Kennenmüssen gewisser Umstände) des Vertreters, nicht des Vertretenen, entscheidend.

Dass diese Regelung leicht missbraucht werden könnte, ist offensichtlich: Der Erwerber, der darum weiß, dass die Sache nicht im Eigentum des Veräußerers steht, müsste sich nur eines gutgläubigen Vertreters bedienen und könnte so Eigentum erwerben.

Diesem Missbrauch beugt § 166 Abs. 2 BGB vor:

Handelt der Vertreter „nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers“, d.h. würde der Vertretene den Vertreter losschicken, um eine bestimmte Sache für ihn zu erwerben, so kommt es entgegen § 166 Abs. 1 nicht auf die Person des Vertreters, sondern auf die des Vertretenen an (§ 166 Abs. 2 BGB). § 166 Abs. 2 BGB bestimmt das ausdrücklich nur für die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen bestimmter Umstände.

**Umstritten** ist deshalb, ob das auch für **Willensmängel des Vertretenen** gilt. Denn nach der Regelung des § 166 Abs. 1 BGB kommt es nur auf die

Willensmängel des Vertreters an und § 166 Abs. 2 BGB bestimmt auch bei einem Handeln „nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers“ – zumindest ausdrücklich – nichts anderes.

Zur Lösung dieser Frage sollte der hinter § 166 Abs. 1 und 2 BGB stehende Grundgedanke herangezogen werden: Danach kommt es eben nicht darauf an, um wessen Willenserklärung es sich rein formal handelt (denn dann käme es immer – auch bei einem Handeln nach bestimmten Weisungen – auf den Vertreter an), sondern abzustellen ist auf diejenige Person, auf deren Entschließung der Geschäftsabschluss beruht. Das ist im Fall des § 166 Abs. 1 BGB (selbständiges Handeln des Vertreters) der Vertreter. Dagegen ist es im Fall des § 166 Abs. 2 BGB der Vollmachtgeber, da er hier über seine Weisung die Willenserklärung des Vertreters entscheidend bestimmt.

Deshalb ist § 166 Abs. 2 BGB analog auf Willensmängel des Vertretenen anzuwenden. Handelt der Vertreter also nach bestimmten Weisungen des Vertretenen und wurde diese Weisung durch Willensmängel des Vertretenen (z.B. Irrtum oder Täuschung) beeinflusst, so kann der Vertretene anfechten, auch wenn der Vertreter nicht irrte.

### *d. Fehlende Vertretungsmacht*

Bevor wir uns näher mit den Rechtsfolgen bei fehlender Vertretungsmacht befassen, sollen zunächst die verschiedenen Gründe erörtert werden, aus denen die Vertretungsmacht fehlen kann.

- Das Fehlen der Vertretungsmacht kann darauf zurückzuführen sein, dass die Bevollmächtigung unwirksam ist (etwa weil der Vertretene geschäftsunfähig ist) oder nur eine beschränkte Vertretungsmacht erteilt wurde und der Vertreter Geschäfte außerhalb dieser Vertretungsmacht abgeschlossen hat.

Hier ist nochmals darauf hinzuweisen, dass in den Fällen der beschränkten Vertretungsmacht genau zu prüfen ist, ob lediglich eine Abrede im Innenverhältnis vorliegt (die die Vertretungsmacht im Außenverhältnis unberührt lässt), oder ob die Vollmacht beschränkt wurde (was zu einem Fehlen der Vertretungsmacht führt).

- Die Vertretungsmacht fehlt auch, wenn sie wirksam widerrufen oder angefochten wurde.
- Die Vertretungsmacht ist für sog. „Insichgeschäfte“ kraft Gesetzes gemäß § 181 BGB ausgeschlossen.

*i. Insihgeschäfte*

§ 181 BGB kennt **zwei Arten von „Insihgeschäften“**:

Das **Selbstkontrahieren** („im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen“), bei dem auf der einen Seite der Vertretene, vertreten durch den Vertreter, steht, auf der anderen Seite der Vertreter, handelnd für sich selbst.

Die **Mehrfachvertretung** („im Namen des Vertretenen mit sich ... als Vertreter eines Dritten“), bei der auf der einen Seite der Vertretene, vertreten durch den Vertreter, steht, auf der anderen Seite ein anderer Vertretener, vertreten durch denselben Vertreter.

Gemeinsam ist diesen gesetzlich geregelten Fällen des § 181 BGB, dass der Vertreter zwar formal für verschiedene Personen handelt, er jedoch beim Vertragsschluss beide Parteien vertritt (im untechnischen Sinne).

Für diese Fälle ordnet § 181 BGB an, dass „der Vertreter ... ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen [kann]“. Das spräche dafür, dass ein unter § 181 BGB fallendes Rechtsgeschäft des Vertreters (unheilbar) nichtig ist.

Es besteht jedoch Einigkeit, dass § 181 BGB nur die Vertretungsmacht ausschließt. Demzufolge handelt ein Vertreter, der ein unter § 181 BGB fallendes Rechtsgeschäft vornimmt, als Vertreter ohne Vertretungsmacht; das von ihm vorgenommene Rechtsgeschäft ist nicht nichtig, sondern es finden die §§ 177 ff. BGB entsprechende Anwendung (dazu später).

Jedoch kennt § 181 BGB selbst **zwei Ausnahmen**, in denen das „Insihgeschäft“ zulässig ist:

Sofern dem Vertreter das „Insihgeschäft“ gestattet ist oder sofern es ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Insoweit scheinen Anwendungsbereich und Ausnahmen des § 181 BGB klar.

**Strittig** ist, ob und auf welche Fälle § 181 BGB darüber hinaus Anwendung finden soll.

Die Lösung dieser Streitfrage kann nur vom Normzweck des § 181 BGB her erfolgen. Dieser ist ein zweifacher: Einmal handelt es sich um eine formale Ordnungsvorschrift, die jede Personenidentität bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts vermeiden will, zum anderen dient § 181 BGB der Vermeidung



von Interessenkollisionen, die typischerweise – aber nicht zwangsläufig – mit der Personenidentität einhergehen.

Problematisch (und strittig) sind die Fälle, in denen eine **Personenidentität** vorliegt, ohne dass es zu einer Interessenkollision kommt, oder umgekehrt zwar eine Interessenkollision auftritt, ohne dass aber Personenidentität vorliegt.

Zunächst zu der Konstellation der **Personenidentität ohne Interessenkollision**: Da § 181 BGB die Interessenkollision nicht zum Tatbestandsmerkmal gemacht hat, unterfielen diese Fälle bei wörtlicher Auslegung der Vorschrift. Das Bedürfnis nach einer teleologischen Reduktion der Norm wird aber deutlich, wenn man die Schenkung der Eltern an ihr sechsjähriges Kind betrachtet: Dieses Rechtsgeschäft fiel unter die Fallgruppe „Selbstkontrahieren“ und damit unter § 181 BGB. Um dies zu vermeiden, wendet man § 181 BGB nicht an, wenn das Geschäft nicht zum Nachteil des Vertretenen ausfallen kann. Dabei darf die Unbedenklichkeit bzw. das Fehlen eines Interessenkonflikts aber nicht für den jeweiligen Einzelfall beurteilt werden; vielmehr gebietet die Rechtssicherheit, dass ein Rechtsgeschäft nur dann nicht unter § 181 BGB fällt, wenn es bei abstrakter Betrachtung zu keinem Nachteil für den Vertretenen führen kann. Das ist dann der Fall, wenn das Rechtsgeschäft für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist, was mit der Wertung in § 107 BGB übereinstimmt.

In der umgekehrten Konstellation – **Interessenkonflikt ohne Personenidentität** – stellt sich die Frage, ob § 181 BGB auch auf diese Fälle anwendbar ist, obwohl der Anwendungsbereich der Vorschrift nach ihrem Wortlaut nicht eröffnet ist. Das ist aber abzulehnen: Interessenkonflikte können in vielfältigen Situationen und sehr versteckt auftreten. Wollte man hier jeweils § 181 BGB anwenden, so führte dies zu einer nicht zu vertretenden Rechtsunsicherheit.

*ii. Ganzheitliche Betrachtungsweise oder teleologische Reduktion des § 181 BGB*

Im Zusammenhang mit dem Minderjährigenrecht und dem Recht der Eltern, ihre Kinder zu vertreten, kann es bei Geschenken der Eltern an ihre Kinder zu Problemen kommen. Betrachten wir zunächst den Normalfall der Geschenke der Eltern an die Kinder unter dem Weihnachtsbaum. Hier gibt es regelmäßig keine formwirksamen Schenkungsversprechen, da niemand vor Weihnachten mit seinen Kindern zum Notar zu gehen pflegt. Da könnte es ja auch zu Verwechslungen des Notars mit dem Weihnachtsmann kommen. Die Wirksamkeit der Rechtsübertragung (und der Schenkung) hängen allein von der Eigentumsübertragung ab.

Gegenüber den Kindern, die schon sieben Jahre alt sind, bereitet die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen kein Problem. Diese Kinder können die erforderliche Einigungserklärung allein abgeben, weil der Erwerb des Eigentums ihnen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt und deshalb nach § 107 BGB ohne Einwilligung der Eltern möglich ist. Die noch nicht sieben Jahre alten Kinder aber sind geschäftsunfähig und können gar keine wirksame rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben. Sie müssen vertreten werden. Ihre gesetzlichen Vertreter sind die Eltern, die nun auf beiden Seiten der Einigungserklärung auftreten müssen und daran unter Umständen durch § 181 BGB gehindert sind. Wären sie wirklich gehindert, bliebe für die Weihnachtsgeschenke an die Kleinsten nur der Weg zum Gericht und zur Bestellung eines Pflegers nach § 1909 BGB. Das ergibt wenig Sinn. Man muss § 181 BGB in seinem Anwendungsbereich einschränken. Den Kindern drohen ja aus Rechtsgeschäften, die ihnen lediglich rechtliche Vorteile bringen, keinerlei Gefahren. Die gesetzlichen Vertreter können auch in keinen Interessenkonflikt kommen, dessen Vermeidung das Ziel des § 181 BGB ist. Dieser findet im Wege der teleologischen Reduktion keine Anwendung auf Rechtsgeschäfte, die dem Vertretenen lediglich rechtliche Vorteile bringen.

Ein wenig anders verläuft die Argumentation, wenn die Eigentumsübertragung rechtliche Nachteile mit sich bringt. Das ist etwa bei Grundstücken der Fall, auf denen sich Wohnungen befinden, die der Eigentümer vermietet hat (siehe § 566 BGB). Hier können schon Kinder, die sieben Jahre und älter sind, die Einigungserklärung (Auflassung) nicht mehr allein (ohne Beteiligung der gesetzlichen Vertreter) wirksam abgeben. Und die Eltern als gesetzliche Vertreter sehen sich wieder dem Verbot des Insihgeschäfts aus § 181 BGB ausgesetzt. Dieses Verbot kann nicht mit der Erwägung überwunden werden, dass es wegen der rechtlichen Vorteile keinen Interessenkonflikt gäbe. Der Eintritt in die Mietverhältnisse bringt rechtliche Nachteile für die Kinder mit sich. Die Bestellung eines Pflegers zur Erklärung der Auflassung für die Kinder erscheint unausweichlich, wenn nicht die in § 181 BGB angeordnete Ausnahme den Beteiligten zuhilfe kommt. Ist die Eigentumsübertragung nicht die bloße Erfüllung einer Verpflichtung aus dem Schenkungsvertrag? Anders als bei den üblichen Weihnachtsgeschenken geht man für Grundstücksüberlassungsverträge zum Notar. Es liegt mithin ein formwirksames Schenkungsversprechen vor, das dem Minderjährigen nur Vorteile und keine Nachteile bringt. Die Nachteile resultieren erst aus der Eigentumsübertragung. Doch hat der Bundesgerichtshof diesem trickreichen Vorgehen den Erfolg mit einer Gesamtbetrachtung versagt (BGHZ 78, 28, 33 ff.). Dafür wurde er gescholten, denn die Gesamtbetrachtung verletzt den Trennungsgrundsatz. Doch will auch die Literatur den aufgezeigten Weg der Übertragung ohne Beteiligung eines Pflegers nicht gehen. Sie greift abermals zur

teleologischen Reduktion, jetzt nicht des Verbots des Insihgeschäfts, sondern der gesetzlichen Ausnahme vom Verbot des Insihgeschäfts (Nachweise in BGHZ 161, 170, 174).

*e. Beschränkungen der Vertretungsmacht*

In weiteren Vorschriften ist die Vertretungsmacht für bestimmte **Fälle** ausgeschlossen oder beschränkt: § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB iVm § 1795 BGB nimmt den Eltern die Vertretungsmacht für bestimmte Rechtsgeschäfte, § 1643 Abs. 1 BGB iVm §§ 1821, 1822 BGB beschränkt die Vertretungsmacht der Eltern insofern, als sie für bestimmte Rechtsgeschäfte der Genehmigung des Familiengerichts bedürfen.

Ein letzter Grund für das Fehlen der Vertretungsmacht kann schließlich der **Missbrauch der Vertretungsmacht** sein.

Ein Missbrauch der Vertretungsmacht liegt an sich immer dann vor, wenn der Vertreter seinen Beschränkungen im Innenverhältnis zuwider Rechtsgeschäfte im Außenverhältnis vornimmt. Diese Tatsache lässt jedoch aufgrund des Abstraktionsprinzips zwischen Grundgeschäft und Vollmacht die Vertretungsmacht grundsätzlich unberührt, so dass dieses Risiko grundsätzlich der Vertretene trägt. Diese Fälle werden aber – obwohl es sich um Missbrauchsfälle handelt – gemeinhin nicht als solche bezeichnet.

In der juristischen Terminologie werden unter „Missbrauch der Vertretungsmacht“ **zwei Fallgruppen** gefasst, die eine Bindung des Vertretenen ausschließen:

Arbeiten der Vertreter und der Geschäftspartner bewusst zum Zwecke der Schädigung des Vertretenen zusammen (**Kollusion**), so wird der Vertretene nicht gebunden, da das Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB (Verstoß gegen die guten Sitten) unwirksam ist.

Ist der Dritte nicht schutzwürdig, weil der Vertreter in verdächtiger Weise von seiner Vertretungsmacht Gebrauch gemacht hat und musste sich dies dem Geschäftspartner aufdrängen, d.h. war der **Missbrauch evident**, so ist das Rechtsgeschäft zwar nicht nichtig, der Vertretene wird aber nicht gebunden, da in einem solchen Fall des evidenten Missbrauchs der Vertretungsmacht die Vertretungsmacht verneint wird, der Vertreter also als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelte.

Vereinzelt wird ein solcher evidenter Missbrauch erst dann bejaht, wenn der Geschäftspartner positive Kenntnis vom Missbrauch hatte. Dagegen spricht aber, dass sich diese positive Kenntnis kaum beweisen lässt.

Andere wollen evidenten Missbrauch schon dann annehmen, wenn die Unkenntnis des Geschäftspartners vom Missbrauch auf einfacher Fahrlässigkeit beruht. Das würde aber zu übergroßer Rechtsunsicherheit führen und auch das Abstraktionsprinzip aus den Angeln heben.

Deswegen liegt evidenter Missbrauch der Vertretungsmacht immer dann vor, wenn sich dem Geschäftspartner der Missbrauch gewissermaßen aufdrängen musste, also bei grober Fahrlässigkeit des Geschäftspartners. Der Vertreter selbst muss sich des Missbrauchs nicht bewusst sein.

Liegt ein solcher Fall vor, so handelt der Vertreter als Vertreter ohne Vertretungsmacht.

### *f. Rechtsfolgen*

Die Rechtsfolgen des Handelns des **Vertreters ohne Vertretungsmacht** (*falsus procurator*) sind in den §§ 177 ff. BGB geregelt.

### *i. Rechtsverhältnis Vertretener – Dritter*

Das rechtsgeschäftliche Handeln des **falsus procurator** wirkt nicht für und gegen den Vertretenen; der Vertretene wird also durch das Handeln des Vertreters zunächst nicht vertraglich gebunden.

Im Übrigen ist zwischen Verträgen (§§ 177, 178 BGB) und einseitigen Rechtsgeschäften (§ 180 BGB) zu unterscheiden:

Verträge, die der *falsus procurator* abgeschlossen hat, sind zunächst schwebend unwirksam. Der Vertretene hat das Recht, den Vertrag zu genehmigen (§ 177 Abs. 1 BGB). Genehmigt er, so wird der Vertretene aus dem Vertrag genauso berechtigt und verpflichtet, wie wenn der Vertreter von vornherein Vertretungsmacht gehabt hätte; genehmigt er nicht, ist der Vertrag endgültig unwirksam.

Für die Genehmigung gelten die §§ 182, 184 BGB: Sie kann dem Vertreter oder dem Vertragspartner gegenüber erklärt werden, sie ist grundsätzlich formfrei (§ 182 Abs. 2 BGB), und sie wirkt auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück.

Die Vorgehensweise zur Beendigung des Zustands der schwebenden Unwirksamkeit ist in den §§ 177 Abs. 2, 178 BGB normiert, die den §§ 108 ff. BGB entsprechen.

Für einseitige Rechtsgeschäfte gilt § 180 BGB, der teilweise § 111 BGB entspricht.

Nach § 180 S. 1 BGB ist ein vom falsus procurator vorgenommenes einseitiges Rechtsgeschäft unzulässig: Es ist also nicht schwebend unwirksam, sondern nichtig. Demzufolge kann es vom Vertretenen auch nicht genehmigt, sondern allenfalls neu vorgenommen werden.

Etwas anderes gilt jedoch in den Fällen des § 180 S. 2, 3: Danach ist das einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäft nicht nichtig, sondern schwebend unwirksam („finden die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung“) und der Vertretene kann genehmigen.

### *ii. Rechtsverhältnis falsus procurator – Dritter*

Wurde das Rechtsgeschäft vom Vertretenen genehmigt, so entstehen vertragliche Beziehungen ausschließlich zwischen dem Vertretenen und dem Dritten und die Rechtslage stellt sich so dar, wie sie sich bei von vornherein wirksamer Vertretungsmacht darstellen würde, d.h. der Vertreter ist am Rechtsgeschäft nicht beteiligt.

Bleibt die Genehmigung aus und ist das Rechtsgeschäft somit endgültig unwirksam, so muss der Dritte, der auf die Gültigkeit des Geschäfts vertraute, geschützt werden. Diesen Schutz gewährleisten die in § 179 BGB geregelten Ansprüche gegen den falsus procurator. Dabei wird nach der Redlichkeit und Schutzwürdigkeit des falsus procurator sowie nach dem Schutzbedürfnis des Dritten unterschieden.

Nach § 179 Abs. 1 BGB haftet der falsus procurator, der den Mangel seiner Vertretungsmacht gekannt hat (*argumentum e contrario* aus § 179 Abs. 2 BGB), dem Dritten nach dessen Wahl auf Erfüllung oder Schadensersatz.

Der Erfüllungsanspruch kommt nur dann in Betracht, wenn der falsus procurator persönlich überhaupt erfüllen kann. Das ist insbesondere bei Geldschulden der Fall, z.B. wenn er als Käufer aufgetreten ist. Wählt der Dritte dann Erfüllung, dann kommt zwar zwischen falsus procurator und Drittem kein Vertrag zustande, es entsteht aber zwischen ihnen kraft Gesetzes ein Schuldverhältnis mit dem Inhalt des Erfüllungsanspruchs. Inhalt dieses Schuldverhältnis sind auf Seiten des falsus

procurator weitgehend die Rechte einer Vertragspartei, wie etwa die §§ 275 ff und 320 ff. BGB und beim Kauf die §§ 437 ff. BGB.

Wählt der Dritte Schadensersatz, so schuldet der falsus procurator Schadensersatz wegen Nichterfüllung, also das positive Interesse.

Nach § 179 Abs. 2 BGB haftet der falsus procurator, der den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht gekannt hat, auf den Ersatz des Vertrauensschadens. Dieses negative Interesse ist – wie auch in § 122 BGB – durch das positive Interesse in der Höhe begrenzt.

Schließlich sind die Ansprüche des Dritten aus § 179 Abs. 1 und 2 BGB ausgeschlossen, wenn sein Vertrauen auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts keinen Schutz verdient: Nach § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB ist das der Fall, wenn der Dritte das Fehlen der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Bezüglich des „Kennenmüssen“ ist aber zu beachten, dass die Verantwortung für die vom Vertreter behauptete Vertretungsmacht grundsätzlich bei diesem liegt. Den Dritten trifft keine Nachforschungspflicht, so dass sich „Kennenmüssen“ hier – ähnlich wie beim Missbrauch der Vertretungsmacht – nur auf evidente Mängel beziehen kann.

Nach § 179 Abs. 3 Satz 2 BGB geht der Schutz des beschränkt geschäftsfähigen falsus procurator dem des Dritten vor: Der Vertreter ohne Vertretungsmacht, der in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, haftet nicht, es sei denn, er handelte mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

#### *g. Beweislast*

##### *i. §§ 164 ff. BGB*

Ist strittig, ob es sich um ein Rechtsgeschäft in eigenem oder fremdem Namen (Offenkundigkeitsgrundsatz) handelt, so ist **derjenige beweispflichtig, der ein Handeln in fremdem Namen (Vertretungsgeschäft) behauptet**. Das bedeutet für den Verhandellenden, der als Vertragspartner in Anspruch genommen wird, dass er beweisen muss, dass er entweder ausdrücklich im Namen des Vertretenen aufgetreten ist oder dass sein Vertreterwille aus den Umständen erkennbar war.

Beim unternehmensbezogenen Geschäft besteht jedoch eine tatsächliche Vermutung, dass der Handelnde für das Unternehmen aufgetreten ist. Allerdings muss der Handelnde darlegen und im Streitfall beweisen, dass es sich überhaupt um ein unternehmensbezogenes Geschäft gehandelt hat.

Ist strittig, ob Vertretungsmacht bestand oder nicht, so trägt die Beweislast derjenige, der sich auf ein gültiges Vertretergeschäft beruft.

Bei Klagen gegen den Vertretenen ist das der Dritte, bei Klagen aus § 179 BGB ist das der Vertreter.

*ii. § 179 BGB*

Die Verteilung der Beweislast im Rahmen des § 179 BGB ergibt sich aus der Formulierung der Vorschrift.

Angenommen der Dritte klagt gegen den Vertreter auf Erfüllung oder Schadensersatz. Dann trägt der Dritte die Darlegungs- und Beweislast für das Handeln des Vertreters in fremdem Namen, für den Vertragsschluss und für die Verweigerung der Genehmigung.

Der Vertreter erreicht die Abweisung der Klage, wenn er darlegen und beweisen kann:

- dass er bevollmächtigt war  
( § 179 Abs. 1 BGB: „sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist“).

ODER

- dass er den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat (§ 179 Abs. 2 BGB).

Dann ist zwar der Anspruch auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung ausgeschlossen, es bleibt aber der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens.

ODER

- dass der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste  
(§ 179 Abs. 3 Satz 1 BGB: „Der Vertreter haftet nicht ...“).

ODER

- dass er beschränkt geschäftsfähig war  
( § 179 Abs. 3 Satz 2 BGB: „Der Vertreter haftet auch nicht ...“).

### 3. Blanketterklärungen

Blanketterklärungen sind dadurch gekennzeichnet, dass jemand einem anderen ein schon unterschriebenes, aber noch nicht vollständig ausgefülltes Schriftstück überlässt und den anderen ermächtigt, das Schriftstück bei Bedarf auszufüllen.

Das bürgerliche Gesetzbuch kennt keine eigenständige Regelung für Blanketterklärungen, die sich als ein **Zwitter zwischen Eigenerklärungen** (das ist ihr äußerliches Bild) **und Erklärungen eines Stellvertreters** (des zur Ausfüllung Ermächtigten) präsentieren. Lösungen müssen deshalb in den allgemeinen Lehren der Rechtsgeschäftslehre gefunden werden. Dafür kommen, jedenfalls für die offene Blankettsituation, das Recht der Stellvertretung und, falls die vollständige Erklärung nicht so ausfällt, wie der Ermächtigende sich das vorgestellt hatte, die Irrtumsanfechtung in Betracht.

Es mag vielfältige Situationen geben, in denen man mit Blanketten arbeitet. Wir wollen das am **Beispiel einer Blankobürgerschaft** zeigen. Blankobürgerschaften sind dadurch gekennzeichnet, dass der Bürge eine Bürgschaftserklärung unterzeichnet, aus der sich zwar ergibt, dass er sich verbürgen möchte, die aber wenigstens eines der für eine Bürgschaftserklärung wesentlichen Merkmale nicht enthält: die Bezeichnung des Gläubigers, des Schuldners oder der Forderung. Seinen Grund mag das Fehlen wenigstens einer dieser Angaben darin finden, dass der Bürge die für die Angaben erforderlichen Kenntnisse (noch) nicht hat. Der Sohn studiert in einer anderen Stadt, wird für die Wohnungsmiete eine Bürgschaft beibringen müssen und kennt bei der Abreise naturgemäß weder den Vermieter noch die Höhe des Mietzinses. Hier bietet es sich an, den Sohn mit einem Blankoformular auszustatten und ihn zu ermächtigen, die für die Bürgschaft erforderlichen Eintragungen dann vorzunehmen, wenn Vermieter und Mietforderung bekannt sind. Wählen die Eltern diesen Weg, so stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit der so erteilten Bürgschaft, wenn der Vermieter die vervollständigte Bürgenerklärung in Händen hält. Dabei sind verschiedene Fallkonstellationen denkbar. Als Unterscheidungsmerkmale kommen in Betracht: die offene und die verdeckte Blankettlage sowie die berechtigte und die missbräuchliche Ausfüllung des Blanketts.

Die **offene Blankettlage** ist dadurch gekennzeichnet, dass der Gläubiger als Empfänger der Bürgenerklärung erkennt (dass für einen objektiven mit den Verhältnissen vertrauten Dritten in der Position des Empfängers deutlich ist), dass die Bürgenerklärung nicht in Gänze vom Bürgen stammt, sondern durch einen Dritten vervollständigt worden ist. In der verdeckten Blankettlage stellt sich die Bürgenerklärung als in Gänze vom Bürgen stammend dar. Die missbräuchliche



Ausfüllung ist eine Ausfüllung, die die Grenzen der Ermächtigung überschreitet, während die berechnigte Ausfüllung sich in den Grenzen der Ermächtigung bewegt.

### *a. Offene Blankettlage und berechnigte Ausfüllung*

**Beispiel:** Der studierende Sohn hat die Wohnung gefunden, die Miete hält sich im Rahmen dessen, was die Eltern zu zahlen bereit sind. Der Sohn füllt die von den Eltern unterschriebene Blanketterklärung im Beisein des Vermieters aus.

Dies scheint nach dem Gesetz der einfachste Fall zu sein. Die Ausfüllungsermächtigung ist nach den Regeln des Stellvertretungsrechts zu beurteilen. Die Erklärung wirkt nach § 164 Abs. 1 BGB insgesamt für und gegen die Eltern, weil der Sohn die Ergänzung der Erklärung im Rahmen der ihm erteilten Ermächtigung vorgenommen hat. Ob die Ermächtigung ihrerseits mündlich oder schriftlich erteilt worden ist, scheint mit Blick auf die Regelung des § 167 Abs. 2 BGB ohne Bedeutung. So sah es denn auch die höchstrichterliche Rechtsprechung bis zum 29. Februar 1996. Dann aber kam der BGH (Entscheidung des BGH vom 29.2.1996) und stellte das bis dahin geltende Recht auf den Kopf. Gegen den Text des § 167 Abs. 2 BGB legte er fest: „Eine formbedürftige Bürgschaft kann nicht in der Weise wirksam erteilt werden, dass der Bürge eine Blankounterschrift leistet und einen anderen mündlich ermächtigt, die Urkunde zu ergänzen.“ Im Ergebnis bedeutet dies, dass mangels formwirksamer Ermächtigung die Ausfüllung des Blanketts nicht zu einer die Eltern bindenden Bürgschaft geführt hat. Genauer: Die Bürgschaft ist nach § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam und kann mit der Genehmigung durch den Bürgen Wirksamkeit erlangen.

### *b. Verdeckte Blankettlage und berechnigte Ausfüllung*

**Beispiel:** Der studierende Sohn hat die Wohnung gefunden, die Miete hält sich im Rahmen dessen, was die Eltern zu zahlen bereit sind. Der Sohn füllt die von den Eltern unterschriebene Blanketterklärung im stillen Kämmerlein aus und präsentiert sie dem Vermieter als die gewünschte Bürgschaft seiner Eltern.

Der eben zitierte Leitsatz ist so formuliert, dass er nicht zwischen offenen und verdeckten Blankettlagen unterscheidet. Damit dürfte sich am Ergebnis eigentlich nichts ändern. Es erscheint indessen nicht richtig, auch dem das Risiko der formunwirksamen Ermächtigung aufzubürden, der die Ermächtigungslage gar nicht erkennen kann, dem vielmehr eine vollständige Bürgschaftserklärung vorgelegt wird, die er als von den Eltern stammend ansehen muss. So sieht es denn auch der BGH (Entscheidung des BGH vom 29.2.1996), wenn er in einem weiteren Leitsatz festlegt: „Gibt der Bürge eine Blankounterschrift ohne formgerechte

Vollmacht oder Ermächtigung aus der Hand, haftet er gegenüber dem Gläubiger, der eine vollständige Urkunde erhält und ihr nicht ansehen kann, dass sie durch einen anderen ergänzt wurde.“

*c. Offene Blankettlage und missbräuchliche Ausfüllung*

**Beispiel:** Der studierende Sohn hat die Wohnung gefunden, die Miete hält sich nicht im Rahmen dessen, was die Eltern zu zahlen bereit sind. Der Sohn füllt die von den Eltern unterschriebene Blanketterklärung im Beisein des Vermieters aus.

Es erscheint überaus fraglich, ob es in dieser Situation nach der Umkehr des BGH in der Beurteilung der Formbedürftigkeit der Ermächtigung noch rechtliche Probleme geben kann. Wenn die Formbedürftigkeit der Ermächtigung die dem § 766 BGB zugeschriebene Warnfunktion erfüllen soll, so muss nun die Ermächtigung die Informationen enthalten, die sonst die Bürgschaft enthält. Es müsste sich die Grenze, bis zu der die Eltern zu bürgen bereit sind, aus der schriftlichen Ermächtigung ergeben. Dann aber wird der Missbrauch offenbar, und die unter Überschreitung der Ermächtigung ausgefüllte Bürgenerklärung entfaltet in Anlehnung an § 173 BGB keine Bindungswirkungen. Wenn indessen eine schriftliche Ermächtigung auch ohne Angabe einer solchen Grenze wirksam sein sollte oder aber wie bei Kaufleuten auf die Form der Ermächtigung verzichtet werden kann, dann stellt sich die Frage nach der Bindung des Bürgen an eine missbräuchlich ausgefüllte Bürgenerklärung. Die Antwort liegt auf der Hand. Das Blankett steht der Vollmachtsurkunde in § 172 BGB gleich. Die missbräuchliche Nutzung der Vollmacht führt zur Bindung des Vertretenen, soweit der Vertragspartner den Missbrauch nicht erkennen kann. Es kommt auch keine Anfechtung der Bürgschaftserklärung wegen eines Irrtums des Bürgen über den Umfang der von ihm eingegangenen Bürgenverpflichtung in Betracht. Dies ergibt sich aus § 166 Abs. 1 BGB, der beim Vertretergeschäft auf die Kenntnis des Vertreters und nicht des Vertretenen abstellt. Der missbräuchlich handelnde Vertreter aber hat sich nicht geirrt.

*d. Verdeckte Blankettlage und missbräuchliche Ausfüllung*

**Beispiel:** Der studierende Sohn hat die Wohnung gefunden, die Miete hält sich nicht im Rahmen dessen, was die Eltern zu zahlen bereit sind. Der Sohn füllt die von den Eltern unterschriebene Blanketterklärung im stillen Kämmerlein aus und präsentiert sie dem Vermieter als die gewünschte Bürgschaft seiner Eltern.

Die Rechtsprechung will auch in diesem Fall denjenigen, der ein Blankett aus der Hand gibt, an die missbräuchliche Ausfüllung des Blanketts binden und ihm die Anfechtungsmöglichkeit wegen Irrtums verwehren. Zwar stand eine solche

Situation gar nicht zur Entscheidung durch den BGH an. Doch ist der Leitsatz: „Gibt der Bürge eine Blankounterschrift ohne formgerechte Vollmacht oder Ermächtigung aus der Hand, haftet er gegenüber dem Gläubiger, der eine vollständige Urkunde erhält und ihr nicht ansehen kann, dass sie durch einen anderen ergänzt wurde“, so weit formuliert, dass er auch diesen Fall umfasst. Überdies kann sich der BGH insoweit auf eine (seit BGHZ 40, 65, 68) ständige Rechtsprechung berufen. Auch folgt die Literatur dem BGH in dieser Hinsicht weitgehend (vgl. Larenz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, § 33 III, Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 48 Rdnrn. 36 bis 40 sowie Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 65; anders etwa Pawlowski, JZ 1997, 309, 311 f.). Damit aber schießt man über das Ziel hinaus. Dem Vertragspartner, der die Blankettsituation gar nicht erkennt, müssen auch die Wohltaten des Vertretungsrechts nicht zugute kommen. Wer den Bürgen anfechten lässt, dem seine Schreibkraft die diktierete Bürgschaftserklärung verfälscht, der muss, um Gleiches gleich zu behandeln, auch den Bürgen anfechten lassen, dem der verdeckt agierende Ermächtigte eine Erklärung nicht gewollten Inhalts unterschiebt. Vertrauensschadensersatz nach § 122 BGB ist das Einzige, was man in diesen Fällen von dem Bürgen zu erwarten hat.

---

## *II. Vertraglicher Drittbezug*

Durch einen **Vertragsschluss** werden grundsätzlich **nur die Beteiligten** – also die Vertragspartner - **berechtigt und verpflichtet**. Schuldner und Gläubiger der vertraglichen Pflichten sind somit regelmäßig nur die Vertragsparteien selbst und nicht sonstige am Vertragsschluss unbeteiligte Dritte.

Dieser Grundsatz folgt aus dem schon erörterten Prinzip der Privatautonomie. Dieses Prinzip fordert, dass der Einzelne seine privaten Rechtsverhältnisse selbstbestimmt gestalten kann. Da Verträge, welche Dritte ohne deren Mitwirkung berechtigen oder verpflichten sollen, zur Fremd- und eben nicht zur Selbstbestimmung führen würden, stehen sie im Widerspruch zur Privatautonomie und sind mit dieser nicht ohne weiteres vereinbar.

Einen gesetzlichen Anklang findet der Grundsatz, dass Verträge grundsätzlich nur die Vertragspartner und nicht etwa Dritte berechtigen und verpflichten, in § 311 Abs. 1 BGB, der bestimmt, dass zur Begründung eines nicht auf Gesetz

beruhenden Schuldverhältnisses ein Vertrag „zwischen den Beteiligten“ erforderlich ist.

Wie jeder Grundsatz hat jedoch auch der genannte Grundsatz einige **Ausnahmen**, die unten erläutert werden. Bevor jedoch im Einzelnen darauf eingegangen wird, wann ein vertraglicher Drittbezug ausnahmsweise möglich ist, muss zunächst der Begriff des Dritten eindeutig geklärt werden. **„Dritter“ im Sinne dieser Fragestellung ist jede Person, die nicht Vertragspartner ist.**

Kein vertraglicher Drittbezug liegt demgemäß bei der schon erläuterten Stellvertretung vor. Hier wird zwar nicht der beim Vertragsschluss Handelnde (der Vertreter), sondern ein anderer (der Vertretene) berechtigt und verpflichtet. Der Vertretene ist jedoch im Hinblick auf den Vertrag nicht „Dritter“, denn er ist selbst Vertragspartei.

Im Einzelfall kann die **Abgrenzung zwischen Stellvertretung und vertraglichem Drittbezug** allerdings problematisch sein.

**Beispiel:** Die Eltern rufen für ihr krankes Kind einen Arzt. Hier kann sowohl Stellvertretung wie auch ein Vertrag zugunsten Dritter vorliegen. Wenn die Eltern als gesetzliche Vertreter des Kindes (§ 1629 I 1 BGB) handeln, kommt ein Arztvertrag zwischen dem Kind und dem Arzt zustande. Es ist aber auch denkbar, dass die Eltern selbst Vertragspartner des Arztes werden und mit diesem vereinbaren, dass dieser seine Leistung an das Kind als Dritten erbringt (Vertrag zugunsten Dritter). Die Entscheidung, welche Konstellation im Einzelfall vorliegt, hängt maßgeblich davon ab, ob die Eltern die Absicht, in fremdem Namen handeln zu wollen, deutlich machen. Im Zweifel ist eher vom Handeln im eigenen Namen und damit vom Vertrag zugunsten Dritter auszugehen. Für eine solche Zweifelsregelung spricht insbesondere die Interessenlage des Vertragspartners, denn dieser erhält so einen Anspruch gegen die regelmäßig leistungsfähigeren Eltern, die die Arztbehandlung wiederum dem Kind als Unterhalt schulden, §§ 1601, 1603 Abs. 2 BGB.

### 1. Drittbelastungen

**Verträge zu Lasten Dritter sind mit der Privatautonomie grundsätzlich nicht vereinbar** und im BGB folgerichtig auch nicht vorgesehen. Vertragliche Drittbelastungen ohne Mitwirkung des Dritten sind somit regelmäßig nicht möglich.

Insbesondere ist es nicht möglich, Dritte ohne ihre Mitwirkung zu einer Leistung zu verpflichten. Zwar kann jedermann die Leistung eines Dritten auch ohne dessen

Mitwirkung versprechen. Dieses Versprechen beeinflusst jedoch unmittelbar in keiner Weise die Rechtsstellung des Dritten. Der Versprechende kann allenfalls auf die Kooperation des Dritten bauen und hoffen, dass der Dritte auch ohne Verpflichtung leistet.

Wird ein solcher **Verpflichtungsvertrag zu Lasten Dritter** abgeschlossen, so hat der Dritte allerdings unter den Voraussetzungen des § 177 Abs. 1 BGB die Möglichkeit, diesen Vertrag als vollmachtsloses Vertreterhandeln zu genehmigen und damit in die Schuldnerstellung einzurücken. Eine weitere Möglichkeit besteht in einer Schuldübernahme nach §§ 414 ff. BGB. Beide Möglichkeiten führen jedoch dazu, dass der Dritte Vertragspartei wird. In diesen Fällen kann man also streng genommen nicht mehr von der Belastung eines „Dritten“ sprechen.

Auch **Verfügungsgeschäfte zu Lasten Dritter** sind grundsätzlich nicht möglich. Derartige Verfügungen Nichtberechtigter (Abtretungen fremder Forderungen, Übereignungen fremder Sachen) bedürfen in der Regel der Einwilligung bzw. Genehmigung des Berechtigten nach § 185 BGB (beachtenswert ist in diesem Zusammenhang der konstruktive Unterschied zwischen § 185 BGB und den §§ 164 Abs. 1, 177 Abs. 1 BGB: in den letztgenannten Fällen wird der Dritte selbst Partei des Geschäfts, bei § 185 BGB bleibt er außen vor).

Ausnahmen vom Grundsatz der Unmöglichkeit dritbelastender Verfügungen stellen die Gutgläubensvorschriften (etwa die §§ 891, 932 BGB) dar, die die Privatautonomie zugunsten der Verkehrssicherheit einschränken.

## **2. Drittbegünstigungen**

Naturgemäß werden Vereinbarungen, von denen der Dritte unmittelbar profitiert, als weniger problematisch angesehen, als Vereinbarungen, die den Dritten belasten. Zwar führen auch Drittbegünstigungen zu einer Art Bevormundung des Dritten, aber diese Einmischung wirkt sich für den Dritten lediglich vorteilhaft aus und ist daher von der Rechtsordnung leichter zu akzeptieren. Ausnahmen vom Grundsatz, dass vertragliche Vereinbarungen lediglich für und gegen die Vertragsparteien wirken, sind dementsprechend bei Drittbegünstigungen leichter möglich.

An solchen Ausnahmen besteht auch ein erhebliches Interesse im Rechtsverkehr, wie das **Beispiel der Versicherungsverträge zur Absicherung Dritter** zeigt. Sehr häufig werden Angehörige durch Lebensversicherungsverträge für den Fall des Todes des Versicherungsnehmers finanziell abgesichert. Diesen Angehörigen soll ein eigener - unter der aufschiebenden Bedingung des Todes des

Versicherungnehmers stehender - Anspruch aus dem Versicherungsvertrag zustehen, obwohl sie in der Regel nicht dessen Vertragspartei sind. Wäre ein derartiger Vertrag zugunsten Dritter nicht möglich, so wäre eine wichtige und traditionelle Möglichkeit der Absicherung Angehöriger verloren.

Hinsichtlich der möglichen Drittbegünstigungen sind im Wesentlichen die folgenden **zwei Fallgruppen** zu beachten:

- Drittbegünstigungen auf der Leistungsebene – hier soll die Leistung an einen Dritten erfolgen wie im eben genannten Versicherungsbeispiel. Rechtliches Instrument für derartige Konstellationen ist der Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB).
- Drittbegünstigungen auf der Schutzebene – hier stehen Dritte in einer engen Verbundenheit zu einer Vertragspartei und sind deshalb den Gefahren pflichtwidriger Vertragsdurchführung ebenso ausgesetzt wie die Vertragspartei selbst. In solchen Fällen wird Integritätseinbußen des Dritten durch die Konstruktion eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte entgegengewirkt. Eine gesetzliche Grundlage kann man heute in § 311 Abs. 3 BGB finden.

Neben diesen beiden Fallgruppen ist weiterhin noch die Möglichkeit, vertragliche Haftungsbeschränkungen zugunsten Dritter zu vereinbaren, von einiger praktischer Bedeutung.

### *a. Vertrag zugunsten Dritter, §§ 328 ff. BGB*

Ein Vertrag zugunsten Dritter liegt vor, wenn die Vertragsparteien vereinbaren, dass die Leistung vom Schuldner nicht an den Vertragspartner, sondern an einen Dritten erbracht werden soll.

**Beispiel:** Eine Tochter kauft für ihre Mutter, die im Krankenhaus liegt, Blumen und vereinbart mit dem Floristen, dass dieser die Blumen direkt an die Mutter liefern soll. Ein weiteres Beispiel bildet der schon erwähnte Lebensversicherungsvertrag zur finanziellen Absicherung von Angehörigen.

Die Beteiligten und ihre Rechtsverhältnisse im Überblick

Die üblichen Bezeichnungen für die Beteiligten ergeben sich schon aus dem BGB selbst:

- „**Versprechender**“ = derjenige, der die Leistung an den Dritten erbringen soll.
- „**Versprechensempfänger**“ = der Vertragspartner des Versprechendem, dem die Leistung von letzterem versprochen wird.

- „**Dritter**“ = der Leistungsempfänger.

Die Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten haben im BGB keine eigene Bezeichnung. Die folgenden Termini sind allerdings üblich:

- „**Deckungsverhältnis**“ = das Rechtsverhältnis zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger. Der Name ist damit zu erklären, dass die Leistung, die der Versprechende an den Dritten erbringt, im Verhältnis zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger seine „Deckung“ findet. Diese Deckung besteht meist in einem entgeltlichen Vertrag. So findet die Lieferung der Blumen an die Mutter im oben genannten Beispiel ihre Deckung in dem Kaufvertrag zwischen der Tochter und dem Blumenhändler.
- „**Valutaverhältnis**“ = das Rechtsverhältnis zwischen Versprechensempfänger und dem Dritten. Von manchen Autoren wird dieses Verhältnis auch „Zuwendungsverhältnis“ genannt, was sich aber aus sogleich zu erläuternden Gründen nicht anbietet.
- „**Zuwendungs-, Dritt- oder Vollzugsverhältnis**“ = das Verhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Dritten.

Bezüglich der Bezeichnung dieses Verhältnisses besteht leider keine völlige Übereinstimmung. Sinnvoll ist die Bezeichnung „Zuwendungsverhältnis“, da sich dieser Ausdruck für das vergleichbare Verhältnis bei Dreiecksverhältnissen im Bereicherungsrecht allgemein durchgesetzt hat. Leider verwenden viele Autoren aber gerade diese Bezeichnung im Rahmen des echten Vertrags zugunsten Dritter für das Valutaverhältnis. Wenn man auf der sicheren Seite sein möchte, kann man sich im vorliegenden Zusammenhang am besten mit dem Ausdruck „Drittverhältnis“ behelfen.

#### *i. Die Unterscheidung zwischen echtem und unechtem Vertrag zugunsten Dritter*

Man unterscheidet den echten und den unechten Vertrag zugunsten Dritter. Beim **echten Vertrag zugunsten Dritter** erwirbt der Dritte aus dem Vertrag einen eigenen Anspruch gegen den Schuldner (§ 328 Abs. 1 BGB).

Ein **Beispiel** hierfür bildet der schon genannte Lebensversicherungsvertrag zur finanziellen Absicherung Angehöriger, bei dem letztere einen aufschiebend bedingten Anspruch gegen die Versicherungsgesellschaft erhalten sollen.

Beim **unechten Vertrag zugunsten Dritter** ist der Versprechende zwar ebenfalls ermächtigt oder verpflichtet, an einen Dritten leisten, letzterer soll aber keinen eigenen Anspruch auf die Leistung haben. Der Versprechende wird gemäß § 362

Abs. 2, 185 Abs. 1 BGB durch Leistung an den Dritten von seiner Leistungspflicht gegenüber dem Gläubiger befreit.

**Beispiel:** Die Kundin K kauft beim Fachhändler C einen neuen Laptop, den dieser aber gerade nicht vorrätig hat. Deshalb bestellt C bei seinem Großhändler G einen entsprechenden Computer. C und G vereinbaren, dass das Gerät direkt an K geliefert werden soll. In diesem Fall soll G den Leistungsgegenstand zwar an K übergeben, diese hat aber keinen eigenen Anspruch auf die Lieferung des Geräts. Lediglich C kann von G Lieferung an K verlangen.

Ob im Einzelfall ein echter oder ein unechter Vertrag zugunsten Dritter vorliegt, ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Diese Auslegung hat gemäß § 328 Abs. 2 BGB die gesamten Umstände des Vertrages und dabei vor allem dessen Zweck zu berücksichtigen.

**Konkrete Auslegungsregeln** geben die §§ 329, 330 BGB. Nach § 329 BGB ist eine Erfüllungsübernahme im Zweifel ein unechter Vertrag zugunsten Dritter.

**Beispiel:** Der Onkel verspricht seinem Neffen, dessen Schulden zu begleichen. Hier will der Onkel in der Regel dem Neffen helfen, ohne aber zusätzlicher Schuldner der Bank werden zu wollen. Anders in den Fällen des § 330 BGB. Die in dieser Norm genannten Verträge, allen voran der praktisch sehr wichtige Lebensversicherungsvertrag, gewähren dem begünstigten Dritten im Zweifel einen eigenen Anspruch.

#### *ii. Der echte Vertrag zugunsten Dritter*

Auch der echte Vertrag zugunsten Dritter ist kein eigener Vertragstyp wie etwa Kauf oder Miete. Vielmehr kann jeder typische und atypische Vertrag als Vertrag zugunsten Dritter geschlossen werden. Dementsprechend ist § 328 Abs. 1 BGB auch keine selbstständige Anspruchsnorm.

**Beispiel:** Kauft der Onkel für seinen Neffen ein Auto und vereinbart mit dem Händler, dass der Neffe selbst einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung haben soll, so ergibt sich der Anspruch des Neffen aus dem Kaufvertrag gemäß §§ 433 Abs. 1, 328 Abs. 1 BGB.

Gegenstand der Drittbegünstigung kann jede zulässige, selbstständig einklagbare Leistung sein.

Bedachter Dritter kann jeder Rechtsträger sein. Aus § 331 Abs. 2 BGB ergibt sich, dass auch für einen nasciturus oder eine noch nicht gezeugte Person oder eine geplante juristische Person Rechte bedungen werden können. Die Person des



Dritten braucht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch noch nicht bestimmt zu sein. Es reicht vielmehr aus, wenn sie bestimmbar ist.

**Beispiel:** Hersteller und Einzelhändler vereinbaren eine Garantie zugunsten des noch nicht bestimmten Endabnehmers.

*b. Die einzelnen Rechtsbeziehungen beim echten Vertrag zu Gunsten Dritter*

*i. Das Deckungsverhältnis*

Das Deckungsverhältnis bestimmt die Rechtsnatur des Vertrages zugunsten Dritter und damit die Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Anspruch des Dritten.

Für die Form des Vertrags zugunsten Dritter gelten ausschließlich die **Regeln des Deckungsverhältnisses**, d.h. er ist grundsätzlich **formfrei**, soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt. Dies gilt auch dann, wenn er geschlossen wird, um ein formbedürftiges Geschäft im Valutaverhältnis zu decken.

**Beispiel:** Der Onkel kauft das Auto im oben genannten Beispiel für seinen Neffen, weil zwischen ihm und dem Neffen ein Schenkungsversprechen existiert. Das Schenkungsversprechen ist dann zwar gemäß § 518 BGB formbedürftig. Dies ändert jedoch nichts an der Formfreiheit des Kaufvertrages zwischen dem Onkel und dem Kfz-Händler.

Das Deckungsverhältnis bestimmt sodann die **Rechtsstellung des Dritten** gegenüber dem Versprechenden. Aus ihm ergibt sich, ob der Dritte den Anspruch sofort, später oder nur unter bestimmten Voraussetzungen erwerben soll (vgl. §§ 328 Abs. 2, 331 Abs. 1 BGB). Auch die Frage, ob die Vertragsparteien dem Dritten die erlangte Rechtsposition wieder entziehen können, findet ihre Antwort im Deckungsverhältnis (§§ 328 Abs. 2, 332, 331 Abs. 2 BGB).

Wichtig ist in diesem Zusammenhang weiterhin § 334 BGB. Danach kann der Versprechende dem Dritten die **Einwendungen** aus dem Deckungsverhältnis entgegenhalten. Der Versprechende kann sich also gegenüber dem Anspruch des Dritten insbesondere auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen. Beispiel: Der Autohändler hat im oben genannten Fall den Kaufvertrag mit dem Onkel wegen eines Erklärungsirrtums angefochten. Gemäß § 142 Abs. 1 BGB ist der Kaufvertrag deshalb ex tunc nichtig. Diese Nichtigkeit kann der Händler gemäß § 334 BGB auch dem Neffen entgegen halten, wenn dieser zwei Tage später kommt, um den Wagen abzuholen.

Zu beachten ist bezüglich des § 334 BGB, dass mit „Einwendungen“ i.S.d. Norm **auch Einreden** (wie etwa die aus §§ 320, 273 BGB) gemeint sind. So kann beispielsweise der Vermieter V, der mit seiner Vertragspartnerin M einen Wohnungsmietvertrag zugunsten des Sohnes S der P geschlossen hat, dem Sohn, der sein Wohnrecht einfordert, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 Abs. 1 S. 1 BGB entgegen halten, wenn die M die Miete nicht zahlt.

Dagegen soll nach **herrschender, wenn auch bestrittener Meinung** der Versprechende dem Dritten gegenüber nicht mit einer Forderung, die er gegen den Versprechensempfänger hat, aufrechnen können, da das keine „Einwendung aus dem Vertrag“ sei.

Nach dem Deckungsverhältnis bestimmt sich weiterhin, ob neben dem Dritten auch der Versprechensempfänger den Anspruch geltend machen kann. Gemäß § 335 BGB ist er hierzu im Zweifel berechtigt, allerdings mit der Einschränkung, dass er nur Leistung an den Dritten fordern kann.

#### *ii. Das Valutaverhältnis*

Dieses Verhältnis bestimmt den **Rechtsgrund**, aufgrund dessen der Versprechensempfänger dem Dritten die Leistung durch den Versprechenden zuwendet.

Im Normalfall wird der Versprechensempfänger den Versprechenden zur Leistung veranlassen, weil er hierzu dem Dritten gegenüber verpflichtet ist. Eine solche Verpflichtung kann sowohl auf Vertrag (z.B. Kauf, Schenkung) wie auf Gesetz (z.B. Unterhaltsverpflichtungen) beruhen.

**Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis sind voneinander abstrakt.** Mängel im Valutaverhältnis wirken sich grundsätzlich nur auf den Versprechensempfänger und den Dritten aus. Den Versprechenden hingegen betreffen diese Mängel regelmäßig nicht. So kann beispielsweise der Autohändler, bei welchem der Onkel einen Kaufvertrag über ein Auto zugunsten seines Neffen abschließt, dem Neffen, der das Auto abholen kommt, nicht entgegenhalten, der Schenkungsvertrag zwischen ihm und seinem Onkel sei formnichtig. Nur der Onkel selbst könnte im Falle der Formnichtigkeit des Schenkungsversprechens eventuell den zugewendeten Anspruch vom Neffen nach Bereicherungsrecht herausverlangen. Doch auch er würde mit einem solchen Begehren keinen Erfolg haben. Denn aus dem Formerfordernis des § 518 Abs. 1 BGB ergeben sich keine Probleme, weil schon mit dem wirksamen Abschluss des Vertrages zugunsten Dritter der Dritte einen unmittelbaren Anspruch gegen den Versprechenden zugewendet erhält (§

328 Abs. 1 BGB). Bereits darin und nicht erst in der Erfüllung dieses Anspruchs durch den Versprechenden liegt der Schenkungsvollzug des Versprechensempfängers an den Dritten. Darum ist damit bereits der etwaige Formmangel eines vorher abgegebenen Schenkungsversprechens nach § 518 Abs. 2 BGB geheilt. Wird das Schenkungsangebot aber erst mit oder nach Abschluss des Vertrages zugunsten Dritter abgegeben, so liegt eine formfrei eingeleitete Handschekung gemäß § 516 BGB vor (Sefrin in: jurisPK Zivilrecht, § 518 Rdnr. 25).

Hat der Dritte die Leistung vom Versprechenden schon erhalten, ohne dass im Valutaverhältnis eine entsprechende Verpflichtung zur Zuwendung des Anspruchs bestanden hatte, so kann der Versprechensempfänger das Geleistete vom Dritten nach Maßgabe der §§ 812 ff. BGB herausverlangen.

### *iii. Das Dritt- bzw. Vollzugsverhältnis*

Das Drittverhältnis wird **vom Deckungsverhältnis bestimmt**. Besonders zu beachten ist bzgl. des Drittverhältnisses allerdings § 333 BGB. Oben wurde erläutert, dass Drittbegünstigungen - und hier vorweg der Vertrag zugunsten Dritter - vom Gesetzgeber ermöglicht wurden, weil an ihnen ein erhebliches Interesse im Rechtsverkehr besteht, dem auch entsprochen werden kann, da der Dritte lediglich bevorteilt wird. Gleichwohl ist anzuerkennen, dass auch in der Drittbegünstigung eine unerwünschte Bevormundung stecken kann. Dies berücksichtigt § 333 BGB, der dem Dritten die Möglichkeit einräumt, das Recht aus dem Vertrag zurückzuweisen. Nimmt der Dritte diese Möglichkeit wahr, so gilt das Recht rückwirkend als nicht erworben.

### *c. Leistungsstörungen beim echten Vertrag zugunsten Dritter*

Besondere Probleme können sich beim echten Vertrag zugunsten Dritter hinsichtlich der Behandlung von Leistungsstörungen ergeben, da hierbei neben den Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragspartnern auch der Dritte berücksichtigt werden muss.

Keine besonderen Schwierigkeiten ergeben sich allerdings hinsichtlich der **Leistungsstörungen, die vom Versprechensempfänger ausgehen**. Diese geben dem Versprechenden die allgemeinen Rechte etwa aus §§ 280 ff. BGB, die er sowohl dem Versprechensempfänger wie auch dem Dritten entgegenhalten kann.

Bei **Leistungsstörungen durch den Versprechenden** ist hingegen zu differenzieren.

Soweit der Versprechende wegen der Leistungsstörung zum Schadensersatz verpflichtet ist, können sowohl der geschädigte Dritte wie auch der Versprechensempfänger den Anspruch geltend machen (§ 335 BGB). Zu beachten ist dabei lediglich, dass der Versprechensempfänger nur Schadensersatzleistung an den Dritten verlangen kann.

Strittig ist die Frage, ob der Dritte auch solche Rechte ausüben kann, die sich auf den Vertrag als ganzen auswirken. Solche Rechte stellen etwa die Rücktrittsrechte nach §§ 323, 326 BGB dar. Die herrschende Meinung verneint diese Frage und begründet dies damit, dass der Dritte eben nicht Vertragspartner ist. Die in Frage stehenden Rechte kann also nur der Versprechensempfänger ausüben, wobei er hierfür nach die Zustimmung des Dritten benötigt, wenn dieser bereits eine nicht mehr entziehbare Forderung erworben hat.

Gehen die **Leistungsstörungen vom Dritten** aus, indem er etwa eine Abnahmepflicht verletzt oder die Unmöglichkeit der Leistung verschuldet, so muss der Versprechensempfänger sich das Verhalten des Dritten anrechnen lassen. Der Versprechende kann die sich aus der Leistungsstörung ergebenden Befugnisse gegenüber dem Versprechensempfänger geltend machen.

#### *d. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter war früher anders als der Vertrag zugunsten Dritter im BGB nicht geregelt. Er beruhte auf einer Rechtsfortbildung der Rechtsprechung. Der Grund für diese **Rechtsfortbildung** lässt sich am folgenden **Beispielfall** des Reichsgerichts (RGZ 87, 289) illustrieren:

Im Winter 1914 wurde in einem Kloster ein Arzt benötigt. Der Beklagte schloss mit dem Kloster einen Beförderungsvertrag, nach welchem er verpflichtet war, den klagenden Arzt gegen Entgelt zum Kloster zu befördern. Der Anspruch aus diesem Vertrag stand lediglich dem Kloster, nicht hingegen dem Arzt zu (=unechter Vertrag zugunsten Dritter). Auf der Fahrt wurde der Arzt dann durch ein Verschulden des Knechts des Beklagten verletzt. Der Beklagte konnte sich für diesen Knecht gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB exkulpieren. Daher kamen nur vertragliche Schadensersatzansprüche in Betracht. Solche hatte das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, der Beklagte habe vertragliche Bindungen nur gegenüber dem Kloster gehabt. Der klagende Arzt habe also keinen vertraglichen Leistungsanspruch und folgerichtig auch keinen vertraglichen Schutzanspruch gegen den Beklagten gehabt. Diesen Ausführungen ist das Reichsgericht mit der Argumentation entgegengetreten, dass die Ersatzpflicht des Beklagten nicht davon abhängen dürfte, ob der Kläger einen eigenen Anspruch auf Beförderung gehabt hat.

Der vorgestellte Fall zeigt deutlich, dass der Grundsatz, dass vertragliche Ersatzansprüche nur dem Vertragspartner selbst zustehen, insbesondere dann zu unbilligen Ergebnissen führen kann, wenn die Leistung von vornherein (auch) dritten Personen zugute kommen soll. Würde der genannte Grundsatz in diesen Fällen nicht durchbrochen, so wären die betroffenen Dritten allein auf deliktische Ansprüche verwiesen. Diese bieten dem Dritten jedoch oft nur unzureichenden Schutz (insbesondere im Hinblick auf § 831 Abs. 1 S. 2 BGB).

Hier hilft der heute auch durch den **Gesetzgeber** in § 311 Abs. 3 BGB anerkannte Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte. Bei diesem erhält der begünstigte Dritte zwar keinen Erfüllungsanspruch auf die vertragliche Leistung; er hat jedoch einen vertraglichen Schadensersatzanspruch, wenn der Schuldner bestimmte Sorgfalts- und Schutzpflichten verletzt.

*i. Die Voraussetzungen des Drittschutzes*

Der Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte darf natürlich nicht einfach jedem Dritten gewährt werden, der durch mangelhafte Erfüllung vertraglicher Pflichten beeinträchtigt wird. Andernfalls würde die Grenze zwischen Vertrags- und Deliktshaftung völlig verwischt und der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zum Ersatz für eine deliktische Generalklausel. Das vertragliche Haftungsrisiko würde unkalkulierbare Ausmaße annehmen. Die **Ausweitung der vertraglichen Sorgfaltspflichten** über den Kreis der Vertragsparteien hinaus kommt dementsprechend **nur in engen Grenzen** in Betracht, die die Vertragsparteien natürlich aufgrund der Vertragsfreiheit durch Vereinbarung ausweiten können.

Für den **Regelfall**, in dem die Parteien nichts vereinbart haben, zieht die Rechtsprechung die notwendigen Grenzen, indem sie die Einbeziehung des Dritten an die folgenden **Voraussetzungen** knüpft:

Der **Dritte** muss typischerweise den Gefahren der Schlechtleistung ebenso ausgesetzt sein wie der Gläubiger (=“**Leistungsnähe**“). Ein zufälliger Leistungskontakt genügt nicht. In Leistungsnähe des Mietvertrages befinden sich beispielsweise alle Personen, die ständig mit einem Mieter in dessen Wohnung zusammenwohnen, nicht hingegen der eigentlich woanders wohnende Besuch des Mieters. Im oben genannten Klosterfall konnte der Schaden überhaupt nur beim Arzt eintreten, weswegen bei ihm die Leistungsnähe ohne weiteres bejaht werden kann.

Der **Vertragsgläubiger muss ein eigenes, berechtigtes Interesse am Schutz des Dritten haben**. Zunächst ist die Rechtsprechung von einem solchen Interesse nur

dann ausgegangen, wenn der Gläubiger für das „Wohl und Wehe“ des Dritten mitverantwortlich war, weil ihn diesem gegenüber eine Fürsorge- bzw. Obhutspflicht traf. Paradebeispiel für eine solche Verantwortlichkeit bildeten die Kinder, die in den Schutzbereich der durch ihre Eltern abgeschlossene Schuldverträge einbezogen waren. Heute wird das Interesse auch dann bejaht, wenn der Dritte mit der im Vertrag versprochenen Leistung bestimmungsgemäß in Kontakt kommen soll oder wenn sonstige Anhaltspunkte für einen auf den Schutz des Dritten gerichteten Parteiwillen bestehen. Diese Beurteilung nach der Drittbezogenheit der Leistung berücksichtigt besser, dass Sonderverbindungen auch im rein wirtschaftlichen Bereich für den Dritten einen besonderen sozialen Kontakt und eine besondere Schutzbedürftigkeit begründen können.

**Beispiel:** Schließt der Verkäufer mit einem Sachverständigen einen Vertrag über die Begutachtung des Kaufgegenstandes und soll dieses Gutachten Grundlage der Kaufentscheidung sein, so soll der Käufer bestimmungsgemäß mit dem Gutachten in Kontakt kommen und ist somit in den Schutzbereich einbezogen.

Die Leistungsnähe des Dritten und das berechnigte Gläubigerinteresse am Schutz des Dritten müssen für den Schuldner bei Vertragsschluss erkennbar sein, damit dieser seine Risiken abschätzen kann.

Der **Dritte muss schutzbedürftig** sein. An dieser Schutzbedürftigkeit fehlt es, wenn der Dritte durch eigene vertragliche Ansprüche bereits voll abgedeckt ist. Beispiel: Der Untermieter hat einen eigenen vertraglichen Anspruch gegen den Mieter, denn dieser ist wiederum sein Untervermieter, und muss dementsprechend nicht in den Schutzbereich des Mietvertrages zwischen Mieter und Hauptvermieter einbezogen werden (vgl. zu diesen Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, insbesondere zur „Schutzbedürftigkeit“ den „Gasuhr - Fall“)

#### *ii. Rechtsfolge des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*

Der in den Schutzbereich des Vertrages einbezogene Dritte hat gegen den Schuldner einen eigenen Ersatzanspruch wegen der durch die schuldhaftige Pflichtverletzung entstandenen Schäden. Geschützt sind dabei alle Rechtsgüter des Dritten, die bei einer schuldhaften Verletzung drittbezogener Sorgfaltspflichten verletzt werden können.

*e. Vertraglicher Haftungsausschluss für Dritte*

Eine **begünstigende Drittwirkung** eines Vertrages kann auch **darin** bestehen, **dass die Parteien einen Haftungsausschluss oder eine Haftungsbeschränkung zugunsten Dritter vereinbaren**. Diese Möglichkeit ist allgemein anerkannt, wenn auch die dogmatische Rechtfertigung umstritten ist. Erhebliche praktische Bedeutung hat diese Möglichkeit für die persönliche Haftung von Erfüllungsgehilfen.

**Beispielfall:** In einem Bewachungsvertrag zwischen G und S wird die Haftung des S für bestimmte Schäden an den zu bewachenden Maschinen des G ausgeschlossen. Nachdem ein solcher Schaden entstanden ist, nimmt G den Wachmann W der S auf Schadensersatz aus Delikt in Anspruch. Im diesem Fall hat der BGH (NJW 1962, 388) einen vertraglichen Haftungsausschluss im Wege der ergänzender Vertragsauslegung angenommen, denn der Wortlaut der Freistellungsklausel umfasste zunächst nur die Parteien selbst. Der BGH hat hier aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers S gegenüber seinem Arbeitnehmer W die Verpflichtung des S zur Vereinbarung der Freistellung des W gezogen, und angenommen, dass der S mit der mit G vereinbarten Freistellungsklausel dieser Verpflichtung nachkommen wollte.

*f. Verfügungen zugunsten Dritter*

§ 328 Abs. 1 BGB regelt unmittelbar **nur** die Möglichkeit von **Verpflichtungsgeschäften zugunsten Dritter**. Fraglich und umstritten ist daher, ob analog dieser Norm auch Verfügungsgeschäfte zugunsten Dritter zulässig sind.

Diese Frage stellt sich insbesondere hinsichtlich des im Schuldrecht geregelten Verfügungsgeschäfts der Abtretung (§ 398 BGB) und hinsichtlich sachenrechtlicher Verfügungen wie z.B. Übereignungen gemäß §§ 873, 929 BGB.

*i. Abtretung zugunsten Dritter?*

Die überwiegende Meinung lässt Abtretungen mit unmittelbarer Wirkung zugunsten Dritter nicht zu. Begründet wird diese Auffassung damit, dass § 398 BGB ausdrücklich einen Vertrag zwischen Gläubiger und Erwerber voraussetzt. Weiterhin wird gegen die analoge Anwendung des § 328 BGB auf Abtretungen zugunsten Dritter vorgebracht, dass durch die Möglichkeit des Dritten nach § 333 BGB, die Abtretung rückwirkend wieder zu vernichten, eine unerträgliche Schwebelage herbeigeführt würde.

Diese überwiegende Meinung lässt aber folgende Gestaltungen zu, die zu einer der Abtretung vergleichbaren Wirkung führen: Entweder der Schuldner verpflichtet sich durch ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter, nunmehr mit befreiender Wirkung an den Dritten zu leisten, oder es wird zugunsten des Dritten eine neue Forderung gleichen Inhalts neu begründet und die alte Forderung gleichzeitig erlassen.

*ii. Sachenrechtliche Verfügungen zugunsten Dritter?*

Auch die Möglichkeit der dinglichen Einigung zugunsten Dritter wird von der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur abgelehnt.

Begründet wird diese Ablehnung insbesondere damit, dass der zwingende und ausschließliche Charakter der Sachenrechte mit dem im Sachenrecht geltenden Typenzwang den unmittelbaren Rechtserwerb zugunsten eines Dritten ausschließen würde. Zudem könnten andernfalls zwingende erbrechtliche Regeln umgangen werden. Weiterhin würde das Zurückweisungsrecht des Dritten aus § 333 BGB der Rechtsklarheit und Bestimmtheit im Sachenrecht widersprechen, da es zu einer zeitlich nicht begrenzten Schwebelage führen würde.



# *Vertragsdurchführung und Schuldbefreiung*

---

Die einfachste Art, von einer begründeten Schuldverpflichtung frei zu werden, ist die Erbringung der Leistung so, wie sie geschuldet ist. Das führt zur Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB. Die einfachste Art ist aber nicht die einzige Art der Schuldbefreiung. Es gibt Erfüllungssurrogate, die die Erfüllung ersetzen (Aufrechnung, Hinterlegung). Man kann sich aber auch vorstellen, dass es zu rechtsgeschäftlichen Schuldbefreiungen (etwa durch Anfechtung, Kündigung, Widerruf, Aufhebungsvertrag) kommt oder dass Ereignisse eintreten, die der Schuldverpflichtung ein Ende bereiten (Unmöglichkeit der Leistungserbringung, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Auftreten einer auflösenden Bedingung). Den Schuldbefreiungs- und -befreiungsmöglichkeiten insgesamt widmet sich unser nächstes Kapitel.

---

## *I. Erfüllung*

### **1. Bewirken der geschuldeten Leistung**

Das Schuldverhältnis im engeren Sinne, d.h. die zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Forderungsbeziehung, erlischt gemäß § 362 Abs. 1 BGB, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Dabei ist mit Bewirken der

„Leistung“ das Herbeiführen des Leistungserfolges und nicht etwa nur die Vornahme von Leistungshandlungen gemeint. Im Falle eines Kaufvertrages bedeutet dies z.B., dass der Verkäufer dem Käufer den unmittelbaren Besitz und das Eigentum an dem verkauften Gegenstand verschaffen muss (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB). Besonders deutlich wird dies am Beispiel des Werkvertrages, bei dem der Unternehmer die geschuldete Leistung nur durch das Herstellen des Werkes (Leistungserfolg) bewirken kann, nicht aber durch das bloße Arbeiten am Werk (Leistungshandlung) (§ 631 Abs. 1 1. HS BGB).

Die Vornahme einer Leistungshandlung genügt dagegen dann zum Bewirken der „Leistung“, wenn der Schuldner eine nicht erfolgsbezogene Handlung oder ein Unterlassen schuldet. Paradebeispiel hierfür ist der Dienstvertrag, bei dem der Dienstverpflichtete lediglich die Vornahme der vereinbarten Arbeitsleistung als solcher schuldet (§ 611 Abs. 1 1. HS BGB).

Zur Erfüllung reicht es selbstverständlich nicht aus, dass der Schuldner irgendeine Leistung erbringt. Erforderlich ist vielmehr, dass der Schuldner die „geschuldete“ Leistung erbringt, also in der rechten Zeit, am rechten Ort und in der rechten Art und Weise leistet. Demnach führt die Erbringung einer von der vertraglichen Vereinbarung abweichenden (mangelhaften) Leistung nicht zur Erfüllung. Das gilt nunmehr kraft gesetzlicher Anordnung auch beim Stückkauf, wenn der geleistete Kaufgegenstand einen Mangel im Sinne des § 434 BGB aufweist.

Hinsichtlich der Erfüllung der „geschuldeten Leistung“ ist auch umstritten, ob und wann der Schuldner einer Geldschuld die Forderung durch eine Banküberweisung erfüllen kann. Dabei ist die Frage, ob der Schuldner mit „Buchgeld“ zahlen darf, von der Frage zu trennen, ob diese „Zahlung“ dann auch zur Erfüllung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB führt oder eine Leistung an Erfüllung statt im Sinne des § 364 Abs. 1 BGB darstellt. Ob eine Forderung durch „Buchgeld“ - also durch Zuwendung eines Auszahlungsanspruchs gegen die Bank - beglichen werden darf, bestimmt sich nach herrschender Meinung alleine nach der Parteivereinbarung (BGH NJW 1983, 1605, 1606). Haben die Parteien darüber - wie meist - keine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung getroffen, dann ist die Frage nach dieser Auffassung durch Vertragsauslegung zu beantworten (§§ 133, 157 BGB). So ergibt sich z.B. aus der Verkehrssitte, dass bei einem alltäglichen Kauf in einem Lebensmittelgeschäft alleine die Zahlung mit Bargeld vereinbart ist, während sich andererseits aus der Interessenlage beider Parteien eine Beschränkung auf „Buchgeld“ ergibt, wenn größere Beträge auf eine weite Distanz zu leisten sind (vgl. dazu Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 11, 3). Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die Parteien stillschweigend vereinbart haben, dass eine Geldschuld sowohl mit Bar- als auch mit Buchgeld erfüllt werden

kann, wenn der Gläubiger dem Schuldner sein Girokonto auf Briefen, Rechnungen und dergleichen bekannt gegeben hat (BGHZ 98, 24, 30).

Eine verbreitete Auffassung in der Literatur will dagegen unabhängig von der Vereinbarung der Parteien wegen der Üblichkeit des bargeldlosen Zahlungsverkehrs im Wirtschaftsleben und der Verkehrsanschauung der beteiligten Kreise die Zahlung mit „Buchgeld“ der Zahlung mit Bargeld gleichstellen. Nach dieser Auffassung können also Geldschulden ohne Weiteres mit Buchgeld erfüllt werden, es sei denn die Parteien hätten ausdrücklich etwas anderes vereinbart (Medicus, Bürgerliches Recht, Rdnr. 757; Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 11, 2 (S. 195 f.)). Selbst wenn man dieser Auffassung mit der Rechtsprechung nicht folgen will, so muss man doch zur Kenntnis nehmen, dass die Zahlung mit Buchgeld jedenfalls im Verkehr zwischen Kaufleuten Handelsbrauch ist und daher mit Rücksicht auf § 346 HGB zur Erfüllung von Geldschulden führt.

Zu erörtern bleibt die Frage, ob die nach den in Literatur und Rechtsprechung diskutierten Kriterien zulässige Begleichung einer Geldschuld mit „Buchgeld“ zur Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB führt oder ob es sich dabei um eine Leistung an Erfüllung statt gemäß § 364 Abs. 1 BGB handelt. Die h.M. in der Literatur will bei der Zahlung mit Buchgeld § 362 Abs. 1 BGB anwenden (Palandt/Grüneberg, § 362 Rdnr. 9; MüKo/Wenzel, § 362 Rdnr. 22), der BGH dagegen hat sich in einer sehr frühen Entscheidung auf die Bejahung einer Leistung an Erfüllung statt festgelegt (BGH NJW 1953, 897). In neueren Entscheidungen dagegen lässt der BGH die Frage offen, da sie nur von untergeordneter Bedeutung sei (BGH NJW 1983, 1605, 1606; BGHZ 98, 24, 30). Dem ist zuzustimmen, weil die h.M. auch bei Anwendung von § 362 Abs. 1 BGB die Erfüllungswirkung einer Überweisung von der Parteivereinbarung abhängig macht, so dass unabhängig davon, ob man eine Leistung an Erfüllung statt bejaht oder nicht, eine Geldschuld nur dann mit Buchgeld beglichen werden kann, wenn der Gläubiger mit dieser Zahlungsweise einverstanden ist.

Fraglich ist, ob der Schuldner die geschuldete Leistung persönlich erbringen muss. Dies ist gemäß § 267 Abs. 1 Satz 1 BGB nur dann der Fall, wenn in dem Vertrag ausdrücklich oder konkludent vereinbart wurde, dass „der Schuldner in Person zu leisten hat“. Bei bestimmten Verträgen wie z.B. dem Dienstvertrag wird sogar von Gesetzes wegen vermutet, dass die Leistung höchstpersönlich zu erbringen ist (§§ 613 Satz 1 BGB). Grundsätzlich aber kann der Schuldner die Leistung durch Einschaltung von Dritten bewirken.

Nimmt man den Wortlaut des § 362 Abs. 1 BGB ernst, so genügt es zur Erfüllung, dass der Schuldner die soeben erörterten und in der Vorschrift genannten Voraussetzungen erfüllt. Ohne jeden weiteren rechtsgeschäftlichen Akt würde dann allein das reale Bewirken der geschuldeten Leistung das Schuldverhältnis im engeren Sinne zum Erlöschen bringen. Dies wird denn auch von der Theorie der realen Leistungsbewirkung vertreten. Demgegenüber behaupten zahlreiche andere Auffassungen, dass der Tatbestand des § 362 Abs. 1 BGB um ein ungeschriebenes subjektives Merkmal zu ergänzen sei. Zwischen diesen Auffassungen ist lediglich streitig, welchen Inhalt dieses subjektive Merkmal haben soll. Nur noch von historischem Interesse ist insoweit die heute praktisch nicht mehr vertretene Vertragstheorie, nach der die Erfüllung neben der Bewirkung der geschuldeten Leistung den Abschluss eines auf Aufhebung des Schuldverhältnisses gerichteten Erfüllungsvertrages voraussetzt. Dagegen verlangt die modifizierte (eingeschränkte) Vertragstheorie den Abschluss eines Erfüllungsvertrages nur noch dann, wenn für die Herbeiführung des Leistungserfolges ein Rechtsgeschäft (wie z.B. die Übereignung der Kaufsache beim Kaufvertrag) erforderlich ist. Danach wäre es z.B. bei einem Werkvertrag, bei dem der Unternehmer lediglich einen tatsächlichen Erfolg schuldet, für die Erfüllung der Verpflichtung des Unternehmers ausreichend, wenn dieser das Werk herstellt. Schließlich fordert die Theorie der finalen Leistungsbewirkung für die Erfüllung neben der Bewirkung der geschuldeten Leistung die Abgabe einer einseitigen Leistungszweckbestimmung (Tilgungsbestimmung) durch den Schuldner. Diese Tilgungsbestimmung wird dabei regelmäßig als geschäftsähnliche Handlung qualifiziert (zusammenfassend zu den Erfüllungstheorien: Musielak, Grundkurs BGB, Rdrrn. 209 und 210).

Dass der Erfüllungsleistung eine Zweckbestimmung mitgegeben werden muss, zeigt die einfache Überlegung, dass die bloße Hingabe der Leistung, die bloße Vermögenszuwendung, nicht erkennen lässt, was der Hingebende mit der Hingabe bezweckt. Schon das römische Recht unterschied die nahe liegenden Hingabezweckbestimmungen der Erfüllung (*datio solvendi causa*), der Schenkung (*datio donandi causa*) und der Erreichung eines weiteren Zwecks (*datio ob rem*). Allein die Tilgungsbestimmung macht eine Leistung zur Erfüllungsleistung.

Eine gewisse Klausurrelevanz können die Erfüllungstheorien haben, wenn es um Leistungen an Minderjährige geht. In diesen Fällen bieten die Vertragstheorien dem Minderjährigen offensichtlich einen weitreichenden Schutz: Da der Erfüllungsvertrag den Anspruch des Minderjährigen zum Erlöschen bringen würde, ist er nicht lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB. Dies bedeutet aber, dass ein Minderjähriger einen Erfüllungsvertrag ohne Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter nicht wirksam abschließen kann, so dass bei

Anwendung der Vertragstheorien eine befreiende Leistung an einen Minderjährigen ohne Mitwirkung seiner Eltern nicht möglich wäre. Dieses dem Minderjährigenschutz dienende Ergebnis erreichen aber auch die Theorien einseitiger Leistungsbewirkung, indem sie für die Erfüllung verlangen, dass die Person, an die die Leistung bewirkt wird, auch zur Annahme der Leistung befugt ist. Diese Annahmefugung wird durch den Begriff der „Empfangszuständigkeit“ gekennzeichnet und bei Minderjährigen und geschäftsunfähigen Personen verneint. Die Erfüllungstheorien kommen demnach bei der Frage der Erfüllungswirkung der Leistung an einen Minderjährigen zum gleichen Ergebnis, so dass es sich in einer Klausur empfiehlt, den Streit nur knapp darzustellen und unentschieden zu lassen.

Außer dem geschäftsfähigen Gläubiger können auch dessen „Hilfspersonen“ empfangszuständig sein, wenn der Gläubiger sie zur Entgegennahme der Leistung in seinem Namen ermächtigt hat und sie die Leistung für den Gläubiger entgegennehmen. Als solche empfangszuständigen Hilfspersonen kommen sowohl Empfangsvertreter als auch Empfangsboten des Gläubigers in Betracht. Es kann aber auch vorkommen, dass eine andere Person als der Gläubiger die Leistung im eigenen Namen und für sich selbst entgegen nimmt. Diese Person ist dann keine im Lager des Gläubigers stehende Hilfsperson mehr, sondern „Dritter“. Nimmt ein „Dritter“ die Leistung entgegen, dann führt dies nur unter den Voraussetzungen der §§ 362 Abs. 2, 185 BGB sowie dann zur Erfüllung, wenn der Dritte ein Nießbrauchs- oder Pfandrecht an der Forderung hat. Der praktisch wichtigste Fall hiervon ist derjenige, dass der Gläubiger dem Dritten im Wege einer Einziehungsermächtigung erlaubt hat, die Leistung im eigenen Namen in Empfang zu nehmen.

## **2. Quittieren der Leistung**

Die Beweislast für die rechtsvernichtende Einwendung, dass eine Forderung durch Erfüllung erloschen ist, trägt der Schuldner. Deswegen hat der Schuldner ein starkes Interesse daran, die Erfüllung zuverlässig nachweisen zu können. Das BGB trägt diesem Interesse dadurch Rechnung, dass es dem Schuldner in § 368 BGB einen Anspruch auf eine Quittung einräumt. Die Quittung ist in § 368 BGB als ein schriftliches Empfangsbekenntnis legal definiert. Damit ist die Quittung ihrer Rechtsnatur nach eine Erklärung, die eine Tatsache feststellt. Sie ist demnach eine Wissenserklärung und keine Willenserklärung. Die Quittung kann daher auch von einem Minderjährigen oder einem Geschäftsunfähigen ausgestellt werden.

Nach § 368 Satz 1 BGB ist die Quittung „schriftlich“ zu erteilen. Dies bedeutet nach allgemeiner Ansicht, dass das Empfangsbekenntnis in der Form des § 126

BGB abgegeben werden muss. Diese bedeutet, dass die Quittung vom Gläubiger eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden muss (§ 126 Abs. 1 BGB). Eine Urkunde, die lediglich durch Stempel oder faksimilierte Unterschrift gekennzeichnet ist, genügt diesen Anforderungen ebenso wenig wie ein Kassenbon.

Der Anspruch des Schuldners auf Erteilung einer Quittung nach § 368 BGB entsteht nur im Falle der Erfüllung oder der Leistung an Erfüllung statt, nicht jedoch bei Hinterlegung oder Aufrechnung. Des Weiteren muss der Gläubiger die Quittung nur auf Verlangen des Schuldners erteilen. Es handelt sich bei diesem Anspruch also um einen so genannten „verhaltenen Anspruch“.

Da die Erteilung der Quittung alleine im Interesse des Schuldners liegt, weist das Gesetz ihm auch in § 369 Abs. 1 BGB die Kosten der Quittung zu und begründet sogar eine Vorschusspflicht zu Gunsten des Gläubigers. Allerdings macht § 369 Abs. 1 BGB diese Rechtsfolge davon abhängig, dass sich „nicht aus dem zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse ein anderes ergibt“.

### **3. Einhalten der Leistungsmodalitäten**

#### *a. Leistungszeit*

Neben dem Leistungsort gehört die Leistungszeit zu den wesentlichen Modalitäten der Leistung. Dabei beschreibt der Begriff der Leistungszeit zwei zu unterscheidende Zeitpunkte, nämlich den Zeitpunkt, zu dem Schuldner die Leistung erbringen darf (Erfüllbarkeit) und den Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger die Leistung fordern kann (Fälligkeit). Regelmäßig fallen Erfüllbarkeit und Fälligkeit einer Forderung zusammen, jedoch folgt bereits aus § 271 Abs. 2 BGB, dass eine Forderung auch bereits erfüllbar sein kann, bevor sie fällig ist. Umgekehrt ist auch der Fall denkbar, dass der Schuldner von sich aus nicht leisten darf oder jedenfalls nicht leisten muss, der Gläubiger die Leistung aber jederzeit verlangen kann. Man spricht dann von „verhaltenen Ansprüchen“. Ein praktisch wichtiges Beispiel für einen solchen verhaltenen Anspruch ist der Anspruch auf Erteilung einer Quittung nach § 368 BGB.

Die Leistungszeit kann gesetzlich bestimmt sein. Typische Beispiele hierfür sind etwa die §§ 556b Abs. 1, 604, 608, 641 BGB. Meistens wird die Leistungszeit aber von den Parteien vertraglich bestimmt. Dabei können die Parteien auch auf unterschiedliche Weise vereinbaren, dass der Schuldner nicht sofort leisten muss. Eine praktisch wichtige Form einer solchen Vereinbarung ist die Stundung. Durch

die Stundung schieben die Parteien die Fälligkeit einer Forderung bei Bestehenbleiben der Erfüllbarkeit hinaus. Ein Beispiel für eine Stundung wäre, dass die Parteien bei Abschluss eines Kaufvertrages vereinbaren, dass die Forderung erst in drei Monaten fällig wird. Eine weitere Möglichkeit, den Schuldner durch vertragliche Vereinbarung von seiner sofortigen Leistungspflicht zu befreien, ist die Vereinbarung eines so genannten „pactum de non petendo“. Bei der Vereinbarung eines pactum de non petendo wird zwar die Forderung sofort fällig, der Gläubiger verspricht aber, den Anspruch zeitweilig nicht gerichtlich geltend zu machen. Macht der Gläubiger den Anspruch dann aber doch vorzeitig geltend, dann wird die Klage als unzulässig abgewiesen, wenn sich der Schuldner auf diese Prozesseinrede beruft. Im Falle der gerichtlichen Geltendmachung einer gestundeten Forderung wird die Klage dagegen als zurzeit nicht begründet abgewiesen, wenn sich der Schuldner auf die Einrede der Stundung beruft.

Ist die Leistungszeit weder gesetzlich noch vertraglich bestimmt, so kann sie sich gemäß § 271 Abs. 1 BGB aus den Umständen ergeben. Darunter versteht man insbesondere die Natur des Schuldverhältnisses, die Beschaffenheit der Leistung und die Verkehrssitte. So ergibt sich z.B. beim Kauf von Silvesterfeuerwerkskörpern aus den Umständen, dass spätester Lieferungszeitpunkt der 31. Dezember ist.

Erst wenn die Leistungszeit weder gesetzlich noch vertraglich noch durch die Umstände bestimmt ist, greift § 271 Abs. 1 BGB ein und ordnet an, dass der Gläubiger die Leistung „sofort“ verlangen und der Schuldner sie „sofort“ bewirken kann. Dabei bedeutet sofort, dass der Schuldner so schnell, wie ihm dies nach objektiven Maßstäben möglich ist, leisten muss.

### *b. Leistungsort*

Der Leistungsort ist der Ort, an dem der Schuldner die Leistungshandlung vornehmen muss. Den Leistungsort nennt das Gesetz in einigen Vorschriften wie z.B. § 447 Abs. 1 BGB auch Erfüllungsort. Dies ist wenig glücklich, weil, wie wir bereits erörtert haben, das BGB selbst in § 362 Abs. 1 BGB unter „Erfüllung“ die Herbeiführung des Leistungserfolges und nicht nur die Vornahme der Leistungshandlung versteht. Daher wird auch in der Literatur häufig vorgeschlagen, zur Vermeidung von Begriffsverwirrung den Begriff „Erfüllungsort“ zu vermeiden und nur noch vom Leistungsort zu sprechen (vgl. etwa Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 2 I, 3).

Demgegenüber versteht man unter dem Erfolgsort den Ort, an dem der Leistungserfolg eintritt. Von der Bestimmung von Leistungs- und Erfolgsort hängt

ab, welche Schuldart vorliegt. Insoweit unterscheidet das BGB drei Schuldarten: Hol-, Bring- und Schickschuld.

Liegen sowohl Leistungs- als auch Erfolgsort beim Schuldner (Wohnsitz oder Sitz der gewerblichen Niederlassung), so handelt es sich um eine „Holschuld“. Sie ist kurz gesagt also dadurch gekennzeichnet, dass der Gläubiger den geschuldeten Gegenstand beim Schuldner abholen muss. Liegen Leistungs- oder Erfolgsort dagegen umgekehrt beim Gläubiger (Wohnsitz oder Sitz der gewerblichen Niederlassung), so handelt es sich um eine „Bringschuld“, die im Ergebnis dadurch gekennzeichnet ist, dass der Schuldner den geschuldeten Gegenstand zum Gläubiger bringen muss. Schließlich ist es auch möglich, dass Leistungsort und Erfolgsort auseinander fallen, so dass der Schuldner die Leistungshandlung an seinem Wohnsitz bzw. Sitz seiner gewerblichen Niederlassung vornehmen kann, der Leistungserfolg aber beim Gläubiger eintreten soll. In diesem Fall spricht man von einer „Schickschuld“, die kurz gesprochen dadurch gekennzeichnet ist, dass der Schuldner den geschuldeten Gegenstand an den Gläubiger versenden soll. Die praktisch wichtigsten Beispiele für Schickschulden sind Geldschulden (§ 270 Abs. 1, 4, 269 Abs. 1 BGB) und der Versendungskauf (§ 447 BGB).

Ebenso wie bei der Leistungszeit kann auch der Leistungsort gesetzlich bestimmt sein. Beispiele für eine solche gesetzliche Bestimmung des Leistungsortes sind z.B. die §§ 261 Abs. 1, 374, 697, 700 Abs. 1 Satz 3 BGB. Allerdings wird auch der Leistungsort in erster Linie durch Parteivereinbarung bestimmt. Fehlt eine Parteivereinbarung über den Leistungsort, dann kann auch der Leistungsort aus den Umständen, insbesondere der Natur des Schuldverhältnisses folgen (vgl. § 269 Abs. 1 BGB). Dabei sind wiederum die Verkehrssitte, örtliche Gepflogenheiten und bei Handelsgeschäften der Handelsbrauch (§ 346 HGB) besonders häufig herangezogene Kriterien. Dabei ergibt sich etwa aus den Umständen, insbesondere der Verkehrssitte, dass bei Ladengeschäften des täglichen Lebens für beide Parteien der Ladenraum der Erfüllungsort ist, während bei der Vereinbarung der Lieferung von Kohlen oder Heizöl für die Wohnung eines Verbrauchers aus den Umständen die Annahme einer Bringschuld folgt. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass beim Verbrauchsgüterkauf nach § 474 Abs. 2 BGB § 447 BGB keine Anwendung findet, was letztlich zu einer Verteilung des Verlustrisikos wie bei einer Bringschuld führt.

Erst wenn keine gesetzliche Bestimmung des Leistungsortes existiert und die Parteien den Leistungsort auch weder vertraglich vereinbart haben, noch dieser sich aus den Umständen ergibt, greift § 269 Abs. 1 BGB ein, wonach der Wohnsitz des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses der Leistungsort ist.



#### 4. Beobachtung von Schutzpflichten

Zwischen Gläubiger und Schuldner bestehen meist weiter gehende Rechtsbeziehungen als lediglich die eine Forderungsbeziehung, die wir Schuldverhältnis im engeren Sinne nennen. Das gesamte Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner wird als Schuldverhältnis im weiteren Sinne bezeichnet. Dieses umfasst neben den Hauptleistungspflichten noch weitere Pflichten, die man Nebenpflichten nennt. Diese Nebenpflichten kann man in zwei große Gruppen aufteilen: Nebenleistungspflichten und Schutzpflichten.

Unter Nebenleistungspflichten versteht man die aus § 242 BGB folgende Pflichten, die dem Schuldner gebieten, sich so zu verhalten, dass der Vertragszweck erreicht werden kann und auch nicht nachträglich gefährdet oder beeinträchtigt wird. Von diesen die Erfüllung der Hauptleistung vorbereitenden und sichernden Nebenpflichten sind die Schutzpflichten zu unterscheiden, die darauf gerichtet sind, den Gläubiger nicht in seinen sonstigen, vom Erfüllungsinteresse zu unterscheidenden Interessen zu beeinträchtigen. Die Schutzpflichten erlegen dem Schuldner demnach die Pflicht auf, das Integritätsinteresse des Gläubigers zu wahren.

Während das Schuldverhältnis im engeren Sinne gemäß § 362 Abs. 1 BGB nach Erfüllung erlischt, können die Schutzpflichten durchaus auch über die Erfüllung der Hauptleistungspflichten hinaus fortwirken. Die Schutzpflicht dauert dabei an, solange die durch den geschäftlichen Verkehr bedingte gesteigerte Einwirkungsmöglichkeit des Gläubigers besteht. Daher muss der Inhaber eines Ladengeschäfts seinen Kunden auch nach vollständiger Abwicklung des Kaufvertrages, also nach Erfüllung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten, so lange vor Schaden bewahren, wie dieser sich noch in den Geschäftsräumen aufhält. Da die Schutzpflichten keinen bestimmten Inhalt haben und auch nicht im Hinblick auf Leistungszeit und Leistungsort eindeutig bestimmt sind, sind sie nicht vergleichbar einer Hauptleistungspflicht „erfüllbar“. Da weiter die Beobachtung von Schutzpflichten regelmäßig nicht selbständig einklagbar ist, schlagen etwa Schmitt/Brüggemeier vor, auf der Schutzpflichtebene besser nicht von „Erfüllung“ zu sprechen (Schmidt/Brüggemeier, Grundkurs Zivilrecht, 7. Auflage 2006, Rdnr. 347).

#### 5. Leistungsmittler

Der Normalfall der Erfüllung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Schuldner dem Gläubiger gegenüber die geschuldete Leistung erbringt. Neben den tatsächlichen

Leistungserfolg müssen zwei weitere Voraussetzungen treten, um die Erfüllungswirkung herbeizuführen. Der Schuldner muss der Leistung eine Tilgungsbestimmung begeben, und der Gläubiger (besser: die Person, die die Leistung in Empfang nimmt) muss über eine Empfangszuständigkeit verfügen. An diesen zusätzlichen Voraussetzungen ändert sich nichts, wenn wir die Fälle einer Leistungsmittlerschaft betrachten. Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass eine dritte Person in den Erfüllungsvorgang eingeschaltet wird. Diese dritte Person ist zu unterscheiden von anderen Dritten, die mit der Begründung der Schuld und ihrer Erfüllung zu tun haben können: Stellvertretern, Boten, Erfüllungsgehilfen und Verrichtungsgehilfen.

Stellvertreter und Boten haben ihre Aufgabe bei der Abgabe von Willenserklärungen. Der Stellvertreter gibt eine eigene Erklärung ab, die unter den Voraussetzungen des § 164 Abs. 1 BGB Rechte und Pflichten unmittelbar in der Person des Vertretenen entstehen lässt. Der Bote gibt keine eigene Erklärung ab, sondern übermittelt die Erklärung dessen, der ihn beauftragt hat. Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen haben nichts mit rechtsgeschäftlichen Erklärungen zu tun, sondern mit tatsächlichem Verhalten. Der Verrichtungsgehilfe wird dabei außerhalb einer vertraglichen Beziehung zwischen seinem Geschäftsherrn und der Person, mit der er im Zuge der Verrichtung in Kontakt kommt, tätig, während der Erfüllungsgehilfe in die Erfüllung der (vertraglichen) Verpflichtung des Geschäftsherrn gegenüber einem Vertragspartner des Geschäftsherrn einbezogen ist. Leistungsmittler können Erfüllungsgehilfen sein. Das Besondere an ihrer Stellung ist, dass sie aus eigenen Mitteln dem Gläubiger des Schuldners die vom Schuldner geschuldete Leistung zur Verfügung stellen.

Man pflegt bei einer Leistungsmittlerschaft drei Beziehungen bzw. Verhältnisse voneinander zu unterscheiden: das Zuwendungsverhältnis, das Valutaverhältnis und das Deckungsverhältnis. Ein typisches Beispiel für eine Leistungsmittlerschaft finden wir bei der Überweisung im bargeldlosen Zahlungsverkehr. Hier nimmt die Bank die Rolle des Leistungsmittlers ein. Sie wendet dem Gläubiger des Schuldners das Geschuldete zu, ohne selbst dem Gläubiger gegenüber verpflichtet zu sein. Das Verhältnis zwischen der Bank und dem Gläubiger nennt man das Zuwendungsverhältnis. Das Valutaverhältnis ist die Schuldbeziehung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner. Als Deckungsverhältnis bezeichnet man die Beziehung zwischen dem Schuldner und dem Leistungsmittler. In der Regel ist der Leistungsmittler dem Schuldner aus dem Deckungsverhältnis verpflichtet, die Zuwendung an den Gläubiger des Schuldners vorzunehmen. Es gibt mithin zwei Verpflichtungen und Schuldverhältnisse: die Verpflichtung des Schuldners aus dem Valutaverhältnis, die Leistung an den Gläubiger des Valutaverhältnisses zu erbringen, und die Verpflichtung des Leistungsmittlers aus dem

Deckungsverhältnis, die Zuwendung an den Gläubiger des Valutaverhältnisses vorzunehmen.

Beide Verpflichtungen werden mit einem Schlag durch die Zuwendung des Leistungsmittlers an den Gläubiger des Valutaverhältnisses erfüllt. Das kann man sich erfüllungsrechtlich mit folgenden Überlegungen verdeutlichen: Der Gläubiger des Valutaverhältnisses erhält seine Leistung nicht durch eine Zuwendung seines Schuldners, sondern durch die Zuwendung des Leistungsmittlers. Die Schuld des Schuldners aus dem Valutaverhältnis kann nur getilgt werden, wenn es eine auf den Schuldner zurückzuführende Tilgungsbestimmung gibt. Die Tilgungsbestimmung des Schuldners überbringt der Leistungsmittler als Bote des Schuldners. Die Botenstellung wird durch den Überweisungsauftrag begründet. Die Empfangszuständigkeit des Gläubigers für die für ihn gedachte Leistung bereitet keine Probleme. Die Tilgung der Verpflichtung des Leistungsmittlers gegenüber seinem Auftraggeber, dem Schuldner der Valutabeziehung, ergibt sich aus der Empfangszuständigkeit des Gläubigers der Valutabeziehung für die Tilgungsbestimmung des Leistungsmittlers. Hier erweist sich der Gläubiger der Valutabeziehung als Empfangsbote der für den Schuldner der Valutabeziehung gedachten Tilgungsbestimmung.

Auch bei der Einschaltung von Leistungsmittlern kann es vorkommen, dass Leistungen erbracht werden, für die es keinen Rechtsgrund gab: Der Schuldner mag im Valutaverhältnis gar nichts schulden, der Leistungsmittler mag gar nicht verpflichtet sein, die Zuwendung vorzunehmen. Hier stellt sich die Frage nach der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung in solcherart gestörten Dreiecksbeziehungen. Die Antwort lautet: Nicht das Zuwendungsverhältnis, sondern das Deckungs- und das Valutaverhältnis sind für die Rückabwicklung entscheidend. Rückabgewickelt wird mit anderen Worten nur in den gestörten Schuldbeziehungen und nicht im Zuwendungsverhältnis, auch nicht, wenn die Schuldbeziehungen im Deckungsverhältnis und im Valutaverhältnis zugleich gestört sind.

---

## *II. Die Erfüllung eines Kaufvertrags*

Der Kaufvertrag ist ein Rechtsgeschäft, durch das ein zweiseitig verpflichtendes Schuldverhältnis begründet wird. Es handelt sich um einen gegenseitigen oder synallagmatischen Vertrag. Die konstitutiven Elemente sind in § 433 BGB enthalten. Die Hauptleistungspflicht des Verkäufers ist es, dem Käufer Eigentum

und Besitz an der verkauften Sache bzw. die Inhaberschaft an dem verkauften Recht zu verschaffen (vgl. zu Letzterem: § 453 BGB). Zu diesen Verkäuferpflichten tritt gemäß §§ 433 Abs. 1 S. 2, 453 Abs. 3 BGB die Pflicht hinzu, dem Käufer die Sache bzw. das Recht, das zum Besitz einer Sache berechtigt, frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Die Hauptleistungspflicht des Käufers besteht darin, den Kaufpreis zu zahlen. Bei der ebenfalls in § 433 Abs. 2 BGB für den Käufer genannten Pflicht, die Sache abzunehmen, handelt es sich regelmäßig nur um eine vertragliche Nebenpflicht.

Kaufgegenstand können nach §§ 433, 453 Abs. 1 BGB Sachen im Sinne des § 90 BGB sowie Rechte und „sonstige Gegenstände“ sein. Durch den bewusst weit gefassten Begriff des „sonstigen Gegenstandes“ sollen auch über § 90 BGB und den Begriff des „Rechts“ hinaus alle sonstigen verkehrsfähigen, unkörperlichen Vermögensgegenstände und Sachgesamtheiten (wie z.B. Unternehmen, Gas, Wärme, Elektrizität, technisches Know-how, Werbeideen, Software etc.) als Gegenstände eines Kaufvertrages anerkannt werden. Im Bereich des Warenkaufs spielen wegen der Massenhaftigkeit und Gleichförmigkeit der vorgenommenen Geschäfte allgemeine Geschäftsbedingungen eine große Rolle, insbesondere in Form von Lieferbedingungen und Vertragsformularen. Durch sie werden zB Liefer- und Zahlungsfristen festgesetzt, der Erfüllungsort bestimmt und vielfach die gesetzlichen Regeln, etwa über den Zahlungsverzug oder die Gewährleistungsrechte, geändert oder ergänzt. Mit den §§ 433 ff. BGB bietet das Gesetz ein „Regelungsmuster“ (Larenz) an, das die Parteien weitgehend nicht bindet. Vielmehr können die Parteien bei der Gestaltung des Vertrages von den im Gesetz getroffenen Bestimmungen abweichen oder diese ergänzen. Nur ausnahmsweise enthält das Gesetz für Verträge zwingende Vorschriften, die meist dem Schutz des schwächeren Vertragspartners dienen. Beim Kauf haben die meisten Vorschriften dispositiven Charakter, d.h. sind durch Parteivereinbarung - zum Teil auch in den allgemeinen Geschäftsbedingungen - abdingbar (Musielak, GK BGB, Rdnr. 530; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, § 38, S. 4; § 39 I, S. 10). Eine praktisch bedeutsame Ausnahme stellt insofern der Verbrauchsgüterkauf, d.h. der Kaufvertrag zwischen einem Unternehmer als Verkäufer und einem Verbraucher als Käufer über eine bewegliche Sache (§ 474 Abs. 1 BGB), dar. Beim Verbrauchsgüterkauf sind nämlich gemäß § 475 BGB die meisten Vorschriften zwingendes Recht (*ius cogens*).

## 1. Erfüllung der Verkäuferpflichten

**Sachkauf.** Den Verkäufer treffen beim Sachkauf gleich drei vertragstypische Pflichten: Er ist dem Käufer verpflichtet, ihm die Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an der Sache zu verschaffen, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB. Zu dieser Pflicht zur Rechts- und Besitzverschaffung tritt in § 433 Abs. 1 S. 2 BGB die Pflicht zur rechts- und sachmängelfreien Verschaffung der Sache hinzu.

Unter Übergabe ist grundsätzlich die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes durch Einräumen der tatsächlichen Sachherrschaft zu verstehen, § 854 Abs. 1 BGB. Unter den Voraussetzungen des § 854 Abs. 2 BGB genügt auch die Einigung über den Besitzübergang. Die Übergabe eines sog. Traditionspapiers steht unter gewissen Voraussetzungen der Übergabe gleich, insbesondere gehören der Orderlagerschein (§ 475g HGB nF) und der Ladeschein (§ 448 HGB nF) hierher (zu den Traditionspapieren m.w.N.: Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Auflage (2009), § 51 F IV 3 (Rdnr. 40)). Die Pflicht zur Übergabe kann vertraglich modifiziert werden, so wenn beispielsweise anstelle der Übergabe an den Käufer die Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen einen Dritten, der sich im Besitz der Sache befindet, gesetzt wird (vgl. §§ 929 S. 1, 931 BGB) oder der Verkäufer auf Geheiß des Käufers die Sache unmittelbar einem Dritten liefert. Gemäß § 446 Abs. 1 S. 2 BGB gebühren dem Käufer vom Zeitpunkt der Übergabe an die Nutzungen der Sache; der Käufer braucht also für Nutzungen der ihm aufgrund des Kaufvertrages übergebenen Sache, auch solange er noch kein Eigentum - zB aufgrund eines vereinbarten Eigentumsvorbehalts - daran erworben hat, keine Vergütung zu zahlen. Im Gegenzug hat er die Lasten der Sache zu tragen.

Weiters ist der Verkäufer dazu verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Wie dieser Erfolg herbeigeführt wird, bestimmt sich nach den sachenrechtlichen Vorschriften der §§ 929 ff. BGB bzw. §§ 873, 925 BGB.

Der Verkäufer ist über die primär auf Rechtsverschaffung gerichtete Verpflichtung zur Übereignung hinaus auch verpflichtet, die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB). Dabei ist die gesetzliche Pflicht zur sachmängelfreien Verschaffung der Sache durch die Schuldrechtsreform im Jahre 2002 eingeführt worden. Die Pflicht zur rechtsmängelfreien Verschaffung der Sache war dagegen bereits im alten Recht normiert (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB a.F.). Sie beinhaltet, dass der Verkäufer lastenfreies Eigentum zu verschaffen hat. Er ist verpflichtet, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können, § 433 Abs. 1 S. 2, 435 S. 1 BGB. Hierhin gehören zum einen dingliche Rechte, die das Eigentum beschränken, wie zB Dienstbarkeiten und Pfandrechte. Es gehören aber auch solche obligatorischen Rechte Dritter gegen den Verkäufer hierher, die aufgrund besonderer gesetzlicher Vorschrift auch gegen den Käufer geltend

gemacht werden können, zB § 566 BGB. Der Verkäufer hat derartige Rechte zu beseitigen, wenn nicht der Ausschlussstatbestand des § 442 BGB eingreift. Hinzuweisen ist ferner auf die Regelung des § 435 S. 2 BGB. Hat der Verkäufer zwar lastenfreies Eigentum verschafft, ist aber im Grundbuch fälschlich ein nicht oder nicht mehr bestehendes Recht für einen Dritten eingetragen, das im Falle seines Bestehens gegen den Käufer geltend gemacht werden könnte, so ist der Käufer gefährdet, weil der zu Unrecht Eingetragene durch eine Verfügung zugunsten eines Gutgläubigen das Recht zur Entstehung bringen könnte, §§ 892, 1138 BGB. Das Gesetz stellt daher das Eingetragensein eines nicht bestehenden Rechts mit einem Rechtsmangel gleich.

**Rechtskauf.** Wird ein Recht, zB eine Forderung nebst dafür bestelltem Pfandrecht, verkauft, so ist der Verkäufer gemäß §§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen und, sofern das Recht - wie zB das Pfandrecht - zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben. Der Verkäufer hat das Recht mit dem vertraglich vereinbarten Inhalt zu verschaffen. Hat es diesen Inhalt nicht, so haftet der Verkäufer wegen eines Rechtsmangels (§§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 2, 435 BGB). Ist das Recht mit dem Recht eines Dritten belastet, oder steht ihm eine Einrede entgegen, die gemäß § 404 BGB dem Käufer entgegengesetzt werden kann, so ist der Verkäufer gemäß § 433 Abs. 1 S. 2, 439 Abs. 1 I. Alt. BGB zur Beseitigung verpflichtet. Der Verkäufer haftet beim Rechtskauf für den Bestand des verkauften Rechts selbst dann, wenn es schon zur Zeit des Kaufabschlusses nicht besteht und seine Verschaffung daher nicht nur dem Verkäufer, sondern objektiv unmöglich ist. Dies war im alten Recht ausdrücklich speziell geregelt (§ 437 Abs. 1 BGB a.F.) und folgt nunmehr ohne Weiteres aus den allgemeinen Regeln über die anfängliche Unmöglichkeit (§ 311a Abs. 1 BGB). Der Verkäufer einer Forderung haftet dagegen - vorbehaltlich abweichender Vereinbarung - nicht für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners und damit für die Realisierung der Forderung. Dies folgt daraus, dass die Einbringlichkeit einer Forderung nicht zu deren „gewöhnlicher Beschaffenheit“ im Sinne der §§ 453 Abs. 1, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB gehört (vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht, Rdnrn. 471 und 485). Selbst wenn er eine Haftung für die Zahlungsfähigkeit übernimmt, so ist diese Haftung im Zweifel nur auf die Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Abtretung zu beziehen, also nicht als Garantie für die Erfüllung anzusehen.

**Trennungs- und Abstraktionsprinzip.** Zu trennen ist der Kaufvertrag als Verpflichtungsgeschäft (zur Verschaffung des Eigentums) von dem Verfügungsgeschäft, durch das die angestrebte Rechtsänderung herbeigeführt wird (zB durch Übereignung der Sache gemäß § 929 BGB). Das Verpflichtungsgeschäft (der Kaufvertrag gemäß § 433 BGB) und das Verfügungsgeschäft (die Übereignung gemäß § 929 BGB) sind rechtlich voneinander getrennt

(Trennungsprinzip). Der Kaufvertrag als solcher ändert noch nichts an der sachenrechtlichen Zuordnung. Erst durch die Vornahme des dinglichen Rechtsgeschäfts erfüllt der Verkäufer seine schuldrechtliche Verpflichtung aus dem Kaufvertrag. Weiterhin ist das Verfügungsgeschäft wirksam, ohne dass es dafür auf die Wirksamkeit des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts ankommt, es ist also in seinem Bestand von der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts abstrahiert (Abstraktionsprinzip). Ist der Kaufvertrag (Verpflichtungsgeschäft) zB gemäß § 138 BGB nichtig, so bleibt die Übereignung (Verfügungsgeschäft) gleichwohl wirksam. Es ist nicht zu verkennen, dass das Trennungs- und Abstraktionsprinzip zu einer Aufteilung und Verselbständigung von Vorgängen führt, die im täglichen Leben häufig als Einheit angesehen werden. Hinzuweisen ist natürlich darauf, dass es nicht ohne Rechtsfolgen bleibt, wenn das der Verfügung zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft unwirksam ist. Denn mit Unwirksamkeit des Kaufvertrags sind Zweck und Rechtsgrundlage der Verfügung entfallen. Der Käufer ist durch die erfolgte wirksame Eigentumsverschaffung ungerechtfertigt bereichert. Er ist gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zur Rückübereignung verpflichtet. Das Bereicherungsrecht der §§ 812 ff. BGB dient so in einem gewissen Grad der „Reparatur“ der Folgen des Abstraktionsprinzips (Schmidt/Brüggemeier, Grundkurs Zivilrecht, 7. Auflage, Rdnr. 471).

Aus dem Abstraktions- und Trennungsprinzip ergeben sich zahlreiche Folgen, wovon hier nur beispielhaft erwähnt sei (vgl. insgesamt: Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, § 39 II b = S. 13 ff.): Eine bestimmte bewegliche Sache wurde verkauft, aber noch nicht übergeben und übereignet. Der Verkäufer ist nach wie vor Eigentümer und als solcher rechtlich in der Lage, die Sache als Berechtigter einem Dritten wirksam gemäß § 929 BGB zu übereignen. Er verletzt dadurch zwar dem Käufer gegenüber seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrag und macht sich gemäß §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB schadensersatzpflichtig, aber die Sache selbst kann der Käufer von dem Dritten, der ja Eigentümer geworden ist, nicht herausverlangen. Nur dann, wenn der Dritte den Verkäufer zum Vertragsbruch verleitet hat, im Bewusstsein, dadurch den Käufer zu schädigen, hat der Käufer auch gegen den Dritten einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB.

### *a. Bewegliche Sachen*

Der Verkäufer ist gemäß § 433 BGB verpflichtet, Eigentum zu verschaffen. Diese Eigentumsverschaffung (Übereignung) richtet sich nach den sachenrechtlichen Vorschriften zur rechtsgeschäftlichen Übertragung des Eigentums (beachte: Neben den Vorschriften zur rechtsgeschäftlichen Übereignung gibt es auch nicht rechtsgeschäftliche Erwerbstatbestände, wie zB die Erbschaft gemäß § 1922 BGB

oder die Verbindung und Vermischung gemäß §§ 947, 948 BGB). Vorangestellt sei der Hinweis, dass die Regeln für den rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb unterschiedlich ausgestaltet sind, je nachdem ob bewegliche Sachen oder Grundstücke den Gegenstand der Übereignung bilden. Im Folgenden werden zunächst überblicksartig die Vorschriften bzgl. der Mobilien dargestellt.

*i. Erwerb vom Berechtigten*

§ 929 S. 1 BGB regelt den Grundtatbestand der Übereignung beweglicher Sachen. Er verlangt ein rechtsgeschäftliches Element in Form der (dinglichen) Einigung und ein tatsächliches Element in Form der Übergabe.

Die Einigung ist das notwendige Element jeder Übereignung. Die Übergabe kann durch Übergabesurrogate (dazu gleich) ersetzt werden. Die Einigung ist ein Vertrag (sog. dinglicher Vertrag), auf den die Vorschriften des Allgemeinen Teils (Erstes Buch des BGB) Anwendung finden, so zB die Vorschriften über die Rechts- und Geschäftsfähigkeit. Einigung und Übergabe müssen nicht notwendig zusammenfallen, jedoch müssen für eine Übereignung beide Akte vollzogen sein. Lebhaft umstritten ist die Frage, ob bereits die Einigung als solche bindend ist. Die herrschende Meinung verneint diese Frage, wobei sie zum einen auf den Wortlaut des § 929 S. 1 BGB („... übergibt und beide darüber einig sind ...“), zum anderen auf die Parallele im Immobiliarsachenrecht zu § 873 Abs. 2 BGB verweist. Ein Grund, bewegliche Sachen anders zu behandeln als Grundstücksrechte, liegt nicht vor (m.w.N.: Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Auflage, § 5 III 2 b (Rdnr. 36 f.), § 51 B II (Rdnr. 11)). Das mag zwar verblüffen, erklärt sich aber dadurch, dass der dinglichen Einigung jegliches schuldrechtliche Moment fehlt.

**Beispiel** (nach Musielak, GK BGB, Rdnr. 553): V verkauft K seinen Wagen.

Nachdem K den Kaufpreis entrichtet hat, wird vereinbart, dass das Fahrzeug in zwei Tagen bei V abzuholen ist (hierin liege gemäß §§ 133, 157 BGB bereits die dingliche Einigung). Am folgenden Tag bekommen beide Parteien Streit, V erklärt: „Sie bekommen den Wagen nicht mehr“. Auch wenn nun ein Angestellter des V dem K den Wagen übergibt, ist K wegen Widerrufs der Einigung nicht Eigentümer geworden. Selbstverständlich bleibt der schuldrechtliche Kaufvertrag vom Sinneswandel des V unberührt, die Pflicht zur Übereignung besteht fort.

Weiterhin muss die Einigung dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen, d.h. die Einigung muss sich auf eine bestimmte Sache beziehen (Einzelheiten gehören ins Sachen- und Kreditsicherungsrecht, zB. Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Auflage, § 51 B I 2 (Rdnr. 8) m.w.N.).



Schließlich muss die Einigung von einem verfügungsbefugten Veräußerer ausgehen. Das Eigentum kann nur übergehen, wenn die Einigung von dem Verfügungsbefugten getroffen wird. Dies wird regelmäßig der Eigentümer sein, die Verfügungsbefugnis kann aber auch einem Dritten zustehen, so zB im Falle der Insolvenz, § 80 InsO: Anstelle des Rechtsinhabers ist der Konkursverwalter zur Verfügung befugt (vgl. zur Verfügungsbefugnis: M. Wolf, Sachenrecht, Rdnr. 312 ff.).

Zur Einigung muss die Übergabe treten. Die Übergabe ist die Übertragung des Besitzes vom Veräußerer auf den Erwerber. Dadurch wird die Rechtsänderung nach außen erkennbar gemacht (Publizität). Die Übergabe ist erst vollzogen, wenn die Erwerberseite den alleinigen Besitz hat und auf der Veräußererseite kein Rest von Besitz mehr besteht. Die Einräumung von Mitbesitz genügt dagegen nicht. Der Eigentümer muss den Besitz in jeder Weise verlieren; behält er mittelbaren Besitz, so bleibt nur eine Übereignung nach §§ 929 S. 1, 930 BGB möglich. In einer modernen Wirtschaft kann man den Begriff der Übergabe aber nicht darauf beschränken, dass der Veräußerer die Sache aus seiner Hand direkt in die Hand des Erwerbers gibt. Vielmehr müssen auch Dritte als Hilfspersonen auf Seiten des Eigentümers und des Erwerbers tätig werden können. So können an der Übergabe Dritte auf beiden Seiten als Besitzdiener (§ 855 BGB) beteiligt werden:

**Beispiel:** Händigt V die von K gekaufte Sache nicht diesem selbst, sondern dessen Fahrer F aus, so liegt darin eine Übergabe an K, weil F nur Besitzdiener gemäß § 855 BGB ist und K deshalb unmittelbarer Besitzer wird. K wird gemäß § 929 S. 1 BGB Eigentümer, wenn gleichzeitig die dingliche Einigung mit V besteht. Diese dingliche Einigung konnte zuvor zwischen V und K getroffen worden sein, sie kann aber auch zwischen V und F als Vertreter des K (§ 164 BGB) zustande gekommen sein.

Aber auch Besitzmittler (§ 868 BGB) können auf beiden Seiten des Erwerbstatbestandes eingesetzt werden:

**Beispiel:** K kauft bei V ein Pferd, und vereinbart mit diesem, dass V das Pferd direkt zu L bringt, bei dem K einen Stallplatz gemietet hat. Zwar ist L nicht Besitzdiener des K, er vermittelt ihm aber den Besitz an dem Pferd, so dass K mittelbarer Besitzer des Pferdes wird. Da V jeden Besitz verliert, K aber (mittelbaren) Besitz erlangt, liegt eine Übergabe iSd § 929 S. 1 BGB vor. Auch V kann einen Besitzmittler einsetzen, wenn er seinerseits das Pferd im Reitstall des B untergestellt hat, und diesen anweist, das Pferd zu L zu transportieren.

Im Interesse der Rationalisierung und Vereinfachung von mehrgliedrigen Lieferbeziehungen ist man sogar noch einen Schritt weiter gegangen und verzichtet darauf, dass Veräußerer und Erwerber (mittelbaren) Besitz an der Sache haben müssen. Es genügt für die Übergabe, wenn ein Dritter auf Geheiß des Veräußerers

übergibt, bzw. die Sache auf Geheiß des Erwerbers einem Dritten übergibt (sog. Geheißerwerb, Streckengeschäft, vgl. dazu: Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Auflage, § 51 C II 2 (Rdnr. 17) m.w.N.).

**Beispiel:** K kauft von V eine Maschine und verkauft sie weiter an E. Dieser verkauft sie weiter an Z und bittet K, die Maschine unmittelbar an Z zu liefern (Durchlieferung). K lässt die Maschine von V zu Z bringen. Das Eigentum wird in diesem Fall von V an K, von K an E und schließlich von E an Z übertragen. Auch im Verhältnis K-E liegt eine wirksame Übergabe vor, weil die Weisungen beider befolgt und der unmittelbare Besitz entsprechend ihrem Geheiß übertragen wurde (vgl. auch BGH, NJW 1986, 1166).

Eine einzige Lieferung führt hier zu mehreren Eigentumsübertragungen (die bei K und E für gerade einmal eine juristische Sekunde reichen) und muss überdies mehrere schuldrechtliche Verkäuferpflichten zum Erlöschen bringen. Das wirft die Frage auf, wie man sich die verschiedenen Einigungen zu denken hat und wie die für das Erlöschen erforderlichen Tilgungsbestimmungen „transportiert“ werden. Zur Einigung gibt V im Verhältnis zu K die eigene und als Vertreter oder Bote die Erklärung des K ab. Im Verhältnis zu K und E ist V Vertreter des K und Z Vertreter des E, und im Verhältnis zu E und Z ist V Vertreter des E und Z gibt die Erklärung für sich ab. Mit den vom Schuldner dem Gläubiger gegenüber zu erklärenden Tilgungsbestimmungen verhält es sich wie folgt: V übermittelt seine Tilgungsbestimmung dem Z als Empfangsboten des K. Die Tilgungsbestimmung des K gegenüber E sieht V als Erklärungsboten des K und Z als Empfangsboten des E. An der Tilgungsbestimmung des E gegenüber Z ist V als Erklärungsbote des E beteiligt.

Die Übergabe kann auch ersetzt werden. Wir sprechen dann von Übergabesurrogaten. Ist der Erwerber bereits im Besitz der Sache, dann genügt nach § 929 S. 2 BGB die bloße Einigung über den Eigentumsübergang (*brevi manu traditio*). Nach § 930 BGB kann die Übergabe der Sache dadurch ersetzt werden, dass Eigentümer und Erwerber ein Besitzmittlungsverhältnis (Besitzkonstitut gemäß § 868 BGB) vereinbaren, aufgrund dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Von dieser Möglichkeit wird insbesondere Gebrauch gemacht, wenn der Veräußerer die Sache nach Übertragung des Eigentums noch weiter besitzen will (zB bei der Sicherungsübereignung). Gäbe es § 930 BGB nicht, müsste der Eigentümer zunächst den Besitz vollständig aufgeben und auf den Veräußerer übertragen, um ihn dann anschließend von diesem zurückzuerhalten. Schließlich gestattet es § 931 BGB, anstelle der Übergabe die Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen einen Dritten treten zu lassen. Diese Möglichkeit bietet sich an, wenn der Eigentümer nicht unmittelbarer Besitzer ist, er die Sache zB einem Dritten vermietet hat (§§ 535, 546 BGB).

### *ii. Erwerb vom Nichtberechtigten*

Wie stellt sich die Rechtslage dar, wenn der Verfügende gar nicht der Eigentümer ist, mit anderen Worten die „Verfügung eines Nichtberechtigten“ vorliegt, also zB der Nichteigentümer A eine Sache des B an einen Dritten veräußert? Zum einen kann die Übereignung unmittelbar gemäß § 929 BGB (als Verfügung des Berechtigten) wirksam sein, wenn die Voraussetzungen des § 185 BGB vorliegen. In den anderen Fällen kann ein gutgläubiger Erwerb nach den §§ 932 ff. BGB vorliegen. Diese Vorschriften beziehen sich auf die Erwerbstatbestände der §§ 929 bis 931 BGB, und zwar § 932 Abs. 1 S. 1 BGB auf die Übereignung gemäß § 929 S. 1 BGB, § 932 Abs. 1 S. 2 BGB auf § 929 S. 2 BGB, § 933 BGB auf die Übereignung gemäß §§ 929 S. 1, 930 BGB und schließlich § 934 BGB auf die Übereignung gemäß §§ 929 S. 1, 931 BGB. Die §§ 932 ff. BGB ersetzen nur das fehlende Eigentum des Veräußerers, ansonsten müssen die übrigen Merkmale des jeweiligen Erwerbstatbestandes erfüllt sein.

Auch der gutgläubige Erwerb ist Eigentumserwerb, mit dem die Verkäuferpflichten erfüllt werden. Dem Käufer, der „nur“ gutgläubig erwirbt, stehen keinerlei Rechte wegen eines „Erwerbsmakels“ zu.

Voraussetzung des gutgläubigen Erwerbs ist in allen Fällen der gute Glaube des Erwerbers. Was damit gemeint ist, bestimmt § 932 Abs. 2 BGB. Der Erwerber ist gutgläubig, wenn er nicht weiß, dass der Veräußerer nicht der Eigentümer ist und diese Unkenntnis auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht. Grobe Fahrlässigkeit iSd § 932 Abs. 2 BGB liegt vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maß verletzt wurde, wenn ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt oder beiseite geschoben wurden und dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall sich jedem aufgedrängt hätte. Bei der groben Fahrlässigkeit handelt es sich um eine auch subjektiv schlechthin unentschuld bare Pflichtverletzung, die das gewöhnliche Maß der Fahrlässigkeit des § 276 Abs. 2 BGB erheblich übersteigt (BGH, NJW 1994, 2093 (2094)). Zur Vollendung des gutgläubigen Erwerbs muss eine bestimmte in den §§ 932 ff. BGB genauer beschriebene Besitzlage des nichtberechtigten Verfügenden hinzukommen, die einen Rechtsschein für seine Berechtigung schafft. Merke: Die §§ 932 ff. BGB helfen nur über das fehlende Eigentum hinweg. Wer ohne Fahrlässigkeit an die Verfügungsbefugnis des Veräußernden (zB nach § 185 BGB) oder an dessen Geschäftsfähigkeit glaubt, wird von §§ 932 ff. BGB nicht geschützt. Allenfalls im Handelsrecht wird der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis geschützt, § 366 HGB.

Schließlich ist der gutgläubige Erwerb ausgeschlossen, wenn die Sache gemäß § 935 BGB abhanden gekommen ist. Abhandengekommen ist eine Sache, wenn der unmittelbare Besitzer sie ohne (nicht notwendig gegen) seinen Willen verloren

hat. Kein Abhandenkommen ist der unfreiwillige Verlust des mittelbaren Besitzes. Hat der Eigentümer einem anderen seine Sache vermietet, also den unmittelbaren Besitz freiwillig auf diesen übertragen, und veräußert der nun unmittelbar besitzende Mieter die Sache an einen gutgläubigen Dritten, dann verliert der Eigentümer sein Eigentum, denn der unfreiwillige Verlust des mittelbaren Besitzes macht die Sache nicht zu einer abhanden gekommenen iSd § 935 BGB, wie sich aus § 935 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt (Musielak, GK BGB, Rdnr. 560). Die hinter § 935 BGB steckende Grundidee ist die, dass nur derjenige mit dem Verlust seines Eigentums kraft gutgläubigen Erwerbs bedroht ist, der seinerseits durch freiwillige Besitzherausgabe mit dazu beigetragen hat, dass ein besitzgegründeter Rechtsschein entstehen konnte. Aus Gründen der Verkehrs- und Umlauffähigkeit macht § 935 Abs. 2 BGB hiervon eine Ausnahme u.a. für Geld und Inhaberpapiere. An ihnen ist gutgläubiger Erwerb auch dann möglich, wenn sie dem Eigentümer abhanden gekommen sind.

### *b. Unbewegliche Sachen*

Für die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück (sowie für die Bestellung, Übertragung und Belastung eines Grundstücksrechts) ist nach § 873 Abs. 1 BGB die dingliche Einigung und die Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Die Einigung im Rahmen des § 873 BGB ist formfrei. Für die Einigung über den Übergang des Eigentums an einem Grundstück (Auflassung, § 925 Abs. 1 S. 1 BGB) gilt dies an sich auch. Und dennoch führt das Zusammenspiel des § 925 Abs. 1 BGB (Erklärung vor der zuständigen Stelle bei gleichzeitiger Anwesenheit) mit der (ausnahmsweisen) Prüfung der materiellen Einigung durch das Grundbuchamt nach § 20 GBO und der Nachweispflicht des § 29 GBO (Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen durch öffentliche Urkunden) dazu, dass die Auflassung regelmäßig in einem Durchgang mit dem Kaufvertrag notariell beurkundet wird.

Auch das Eigentum an einem Grundstück kann gutgläubig erworben werden: Nach § 892 BGB gilt zugunsten desjenigen, der rechtsgeschäftlich ein Recht an einem Grundstück erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass der Erwerber die Unrichtigkeit kennt oder ein Widerspruch eingetragen ist. Hieraus erklärt sich die bereits früher angesprochene Regelung des § 435 S. 2 BGB. Anders als beim gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen schließt hier grobe Fahrlässigkeit den gutgläubigen Erwerb von Grundstückseigentum nicht aus. Das folgt daraus, dass das Grundbuch eine stärkere Vertrauensbasis schafft als der Besitz, der bei beweglichen Sachen die Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb bildet. Allerdings ist es für einen Erwerb gemäß § 892 BGB nicht notwendig, dass

der Erwerber das Grundbuch eingesehen hat, es reicht vielmehr, dass das Grundbuch den Nichtberechtigten als Eigentümer ausweist (BGH, NJW 1988, 2037 (2038); Baur/Stürner, Sachenrecht, § 23 IV 1 a (Rdnr. 32)).

### *c. Forderungen*

So wenig wie beim Sachkauf das Eigentum, so wenig geht beim Rechtskauf das verkaufte Recht schon aufgrund des Kaufvertrages auf den Käufer über. Zur Übertragung bedarf es vielmehr eines vom Kauf als Verpflichtungsgeschäft zu trennenden besonderen Verfügungsgeschäfts, dessen Erfordernisse sich nach der Art des zu übertragenden Rechts richten.

Einfache Forderungen werden durch einfachen Abtretungsvertrag gemäß § 398 BGB übertragen, wenn sie durch Hypothek gesichert sind, in Form des § 1154 BGB.

Andere Rechte werden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, ebenfalls durch einfachen Abtretungsvertrag übertragen (§ 413 BGB).

Besteht die Forderung nicht oder steht sie dem Abtretenden nicht zu, so wird der Erwerber nicht geschützt, selbst wenn er im guten Glauben ist. Es gibt im Allgemeinen keinen Schutz des guten Glaubens beim Erwerb von Forderungen, so wie ihn das Gesetz bzgl. Sachen in den §§ 892, 932 ff. BGB kennt. Der Grund: Bei der Forderung gibt es keinen Besitz oder Grundbucheintragung als Rechtscheinsbasis (Schmidt/Brüggemeier, Grundkurs Zivilrecht, Rdnr. 487). Besonderheiten gelten für in - bestimmten - Wertpapieren verbriefte Forderungen (zB für den Wechsel: Art. 16 WG). Einzelheiten gehören ins Wertpapierrecht.

## **2. Erfüllung der Käuferpflicht: Kaufpreiszahlung**

Der Käufer - gleich ob einer Sache oder eines Rechts - ist gemäß § 433 Abs. 2 BGB verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen. Dies ist die Hauptleistungspflicht des Käufers. Der Kaufpreis bildet die (synallagmatische) Gegenleistung, das Entgelt für den Kaufgegenstand. Der Kaufpreis ist demzufolge gemäß §§ 320, 322 BGB Zug um Zug gegen die Leistung des Verkäufers zu zahlen.

Bei der Kaufpreisschuld handelt es sich um eine Geldschuld. Es finden die allgemeinen Vorschriften über die Geldschuld Anwendung (§§ 244 ff. BGB). Ob und unter welcher Voraussetzung eine unbare Zahlung als Erfüllung der Kaufpreisspflicht angesehen werden kann, wurde bereits im Zusammenhang mit der Erfüllung behandelt. Auf die Sondervorschrift des § 270 BGB wird unten noch

unter der Überschrift Zahlungsort eingegangen werden. Kommt der Käufer in Zahlungsverzug, so schuldet er dem Verkäufer als von diesem nicht weiter nachzuweisenden Mindestschaden Verzugszinsen mit einem Zinssatz in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz (§ 288 Abs. 1 S. 2 BGB) oder in Höhe von 8% über dem Basiszinssatz, wenn an dem Kaufvertrag kein Verbraucher beteiligt ist (§ 288 Abs. 2 BGB). Den Basiszinssatz bestimmt § 247 BGB. Dem Verkäufer ist es natürlich unbenommen, aus einem anderen Rechtsgrund höhere Zinsen zu verlangen (§ 288 Abs. 3 BGB) oder einen weiter gehenden Schaden geltend zu machen, den er dann aber beweisen muss, § 288 Abs. 4 BGB.

### **3. Leistungsort und Leistungszeit**

Der Verkäufer hat seine Leistungspflicht erfüllt, wenn er den geschuldeten Gegenstand zur rechten Zeit am rechten Ort dem Käufer übereignet. Entsprechendes gilt für den Käufer. Einzelheiten über Erfüllungsort und Leistungszeit wurden bereits in den Grundlagenkapiteln behandelt. Das Problem des Leistungsortes für die Leistungspflicht des Verkäufers wird im Rahmen der Gefahrtragungsregel des § 447 BGB noch einmal kurz gestreift. Auf den Sonderfall des Leistungs- und Erfolgsortes für die Zahlungspflicht des Käufers wird unter der Überschrift Zahlungsort noch gesondert eingegangen werden.

### **4. Zahlungsort und -zeit**

Die prominenteste Sonderregelung, die die Geldschuld im BGB erfahren hat, ist die Sondervorschrift des § 270 BGB über den Leistungs- und Zahlungsort. Gemäß § 270 Abs. 1 BGB hat der Käufer Geld auf eigene Kosten und Gefahr dem Gläubiger zu übermitteln. Danach könnte man die Geldschuld für eine Bringschuld halten. Doch bleiben gemäß § 270 Abs. 4 BGB die Vorschriften über den Leistungsort unberührt. Nach der Regel des § 269 BGB liegt der Leistungsort grundsätzlich beim Schuldner. Damit ist die Geldschuld eine Schickschuld, allerdings mit einer besonderen Regelung der Leistungsgefahr in § 270 Abs. 1 BGB. Kommt das Geld beim Gläubiger nicht an, muss der Schuldner neues an ihn übermitteln. Der Schuldner trägt die Leistungsgefahr bei der Geldschuld bis zur Ankunft beim Gläubiger. Die Geldschuld gilt heute als qualifizierte Schickschuld (Schmidt/Brügemeier, Grundkurs Zivilrecht, Rdnr. 509) mit folgenden Konsequenzen:

- Kommt das Geld beim Gläubiger nicht an, so muss der Schuldner anders als bei der normalen Schickschuld noch einmal zahlen, § 270 Abs. 1 BGB.

- Kommt das Geld dagegen beim Gläubiger an, kommt es für die Rechtzeitigkeit der Zahlung auf die Vornahme der Leistungshandlung am Leistungsort, also dem Sitz des Schuldners an, § 270 Abs. 4 BGB.

Für die Rechtzeitigkeit der Leistung ist also grundsätzlich auf die vom Schuldner geschuldete Leistungshandlung und nicht auf den Eintritt des Leistungserfolges abzustellen. Bei Zahlung durch Überweisung ist die Leistungshandlung rechtzeitig erbracht, wenn der Überweisungsauftrag vor Fristablauf bei dem Geldinstitut eingegangen und auf dem Konto Deckung vorhanden ist. Anders ist es aber, wenn sich aus einer Parteivereinbarung ergibt, dass es für die Rechtzeitigkeit der Leistung auf den Eintritt des Leistungserfolges ankommen soll, also eine so genannte Rechtzeitigkeitsklausel vereinbart wurde. Jedenfalls im kaufmännischen Geschäftsverkehr begegnet eine Rechtzeitigkeitsklausel, die auf den Eingang (des Mietzinses) auf dem (Vermieter-)konto abstellt, keinen durchgreifenden AGB-rechtlichen Bedenken. „Unter solchen Umständen ist die Klausel, gemessen an den Bedürfnissen des modernen Zahlungsverkehrs, weder als ungewöhnlich und damit überraschend (§ 3 AGBG; jetzt: § 305c BGB) zu beurteilen, noch bedeutet sie eine unangemessene Benachteiligung des Mieters iSv § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt: § 307 Abs. 1 BGB)“ (BGH, NJW 1998, 2664 (2665)).

---

### *III. Erfüllungssurrogate*

Der Begriff „Erfüllungssurrogat“ ist der Terminologie des BGB fremd. In der Literatur wird er fast durchgängig verwandt, jedoch ist man sich über seine Bedeutung nicht ganz einig. Die ganz herrschende Meinung versteht unter Erfüllungssurrogaten alle diejenigen Tatbestände, die zum Erlöschen einer Schuld führen und dabei dem Gläubiger anstelle der ihm an sich geschuldeten Leistung einen äquivalenten Ersatz verschaffen (vgl. Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 5 I, 2). Wir sprechen die Hinterlegung, die Aufrechnung und die Leistung an Erfüllung statt an.

#### **1. Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf**

Die Hinterlegung eröffnet dem Schuldner die Möglichkeit, sich von seiner Leistungspflicht auch dann zu befreien, wenn er an der Erfüllung gehindert ist, weil z.B. der Gläubiger die ihm angebotene Leistung nicht annimmt oder der Schuldner aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen nicht genau weiß, wer eigentlich sein Gläubiger ist. § 372 Satz 1 räumt dem Schuldner diese Möglichkeit

jedoch nur ein, wenn er einen hinterlegungsfähigen Gegenstand schuldet. Hinterlegungsfähig sind Geld, Wertpapiere (z.B. Wechsel), Urkunden (z.B. Sparbuch) und Kostbarkeiten. Dabei versteht man unter Kostbarkeiten bewegliche Sachen, deren Wert im Vergleich zu ihrem Umfang und ihrem Gewicht besonders hoch ist.

Allerdings lässt das Gesetz den Schuldner auch bei nicht hinterlegungsfähigen Sachen nicht im Stich, sondern ermöglicht ihm vielmehr in diesem Fall, die geschuldete Sache versteigern zu lassen und den Erlös der Versteigerung dann zu hinterlegen (§ 383 Abs. 1 Satz 1 BGB). Man spricht dann von einem Selbsthilfeverkauf, der nach § 383 Abs. 3 BGB grundsätzlich im Wege der öffentlichen Versteigerung und nach § 385 BGB nur ausnahmsweise bei Sachen mit einem Börsen- oder Marktpreis im Wege freihändigen Verkaufs durchzuführen ist.

Die Hinterlegung führt aber nicht in jedem Fall zum Erlöschen der Verbindlichkeit des Schuldners, sondern nur dann, wenn der Schuldner bei der Hinterlegung gemäß § 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB erklärt, dass er auf sein nach § 376 Abs. 1 BGB bestehendes Rücknahmerecht verzichtet (§ 378 BGB). Nur in diesem Fall ist die Hinterlegung also ein Erfüllungssurrogat. Hat der Schuldner bei der Hinterlegung nicht gemäß § 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB auf sein Rücknahmerecht verzichtet, dann besteht der zu tilgende Anspruch des Gläubigers weiter. Allerdings ist auch die widerrufliche Hinterlegung nicht nutzlos. Sie führt zur vorläufigen Schuldbefreiung. Die vorläufige Schuldbefreiung bei widerruflicher Rücknahme lässt sich damit begründen, dass es der Gläubiger selbst in der Hand hat, die Hinterlegung durch Erklärung der Annahme gegenüber der Annahmestelle gemäß § 376 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwiderruflich zu machen. Was bedeutet aber nun vorläufige Schuldbefreiung? Hiermit ist in erster Linie gemeint, dass die rechtmäßige Hinterlegung dem Schuldner das Recht gibt, den Gläubiger auf die hinterlegte Sache zu verweisen (§ 379 Abs. 1 BGB). Bei dieser Befugnis handelt es sich um ein vorübergehendes Leistungsverweigerungsrecht (dilatatorische Einrede), das der Schuldner einredeweise geltend machen muss. Bereits das Bestehen dieser Einrede hindert, dass der Schuldner in Verzug gerät. Während der Dauer der Hinterlegung kann der Schuldner somit nicht in Verzug geraten. Des Weiteren führt die rechtmäßige widerrufliche Hinterlegung dazu, dass der Gläubiger für die Zeit der Hinterlegung die Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung der Sache trägt. Dies bedeutet, dass der Gläubiger auch dann zur Gegenleistung verpflichtet bleibt, wenn die Sache während der Hinterlegung zerstört oder verschlechtert wird.

Nimmt der Schuldner die widerruflich hinterlegte Sache zurück, so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt (§ 379 Abs. 3 BGB). Dabei ist das Rücknahmerecht



des § 376 Abs. 1 BGB nach allgemeiner Ansicht ein Gestaltungsrecht, durch dessen Ausübung der Schuldner die Hinterlegung widerrufen kann. Der Widerruf der Hinterlegung wandelt das - wegen der gesetzlichen Ausgestaltung in der Hinterlegungsordnung öffentlichrechtliche - Hinterlegungsverhältnis in ein Abwicklungsverhältnis um und ist gegenüber der Hinterlegungsstelle und nicht etwa gegenüber dem Gläubiger zu erklären. Hat der Schuldner die Hinterlegung wirksam widerrufen, so erwirbt er nach allgemeiner Ansicht einen öffentlichrechtlichen Herausgabeanspruch gegen die Hinterlegungsstelle. Im Verhältnis der Parteien zueinander fallen die Kosten der Hinterlegung dem Gläubiger zur Last, es sei denn, der Schuldner nimmt die hinterlegte Sache zurück (§ 381 BGB).

Die §§ 372 ff. BGB regeln allerdings lediglich die materiellrechtlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Hinterlegung. Die verfahrensrechtliche Regelung für das öffentlichrechtliche Hinterlegungsverfahren ist in der Hinterlegungsordnung geregelt (Schönfelder Nr. 121). § 1 Abs. 2 der Hinterlegungsordnung bestimmt, dass die Amtsgerichte die Aufgaben der Hinterlegungsstellen wahrnehmen.

## **2. Aufrechnung**

§ 387 BGB gibt dem Schuldner das Recht, mit einer eigenen Forderung (Aktivforderung oder Gegenforderung) gegen die Forderung seines Gläubigers (Passivforderung oder Hauptforderung) aufzurechnen, d.h. die Forderung seines Gläubigers zum Erlöschen zu bringen und sich dabei zugleich wegen einer eigenen Forderung zu befriedigen.

Die Aufrechnung hat somit eine doppelte Funktion:

**Tilgungsfunktion:** Die Aufrechnung führt zur Erfüllung der gegen den Schuldner gerichteten Hauptforderung. Da die Erfüllung dabei nicht durch Bewirken der geschuldeten Leistung, sondern durch Hingabe der Gegenforderung erfolgt, handelt es sich bei der Aufrechnung um ein Erfüllungssurrogat.

**Vollstreckungsfunktion:** Die Aufrechnung ermöglicht es dem Schuldner, seine eigene Forderung, die Gegenforderung, durch einseitige Erklärung im Wege der Selbsthilfe durchzusetzen. Durch die Aufrechnung bleibt dem Schuldner also zur Durchsetzung eines eigenen Anspruchs die Anrufung der Gerichte und die Inanspruchnahme der Vollstreckungsorgane erspart.

Neben diesen beiden Funktionen wird in der Literatur noch gelegentlich auf eine dritte Funktion aufmerksam gemacht: die Abkürzungsfunktion. Danach soll es eine eigenständige Funktion der Aufrechnung sein, dass sie die Leistungswege bei gegenseitigen Forderungen abkürzt und somit das „umständliche Hin- und - Her der Leistungen“ vermeidet (von Münchhausen/Opolny, Schuldrecht Allgemeiner Teil II, S. 25).

Wichtiger ist die **Sicherungsfunktion**, die der Aufrechnung dann zukommt, wenn eine Insolvenz (Konkurs) im Spiel ist. Fällt jemand in Konkurs, so müssen seine Gläubiger sich mit einer Insolvenzquote begnügen und bekommen statt der geschuldeten €10.000 bei einer Verteilungsquote von 10% gerade einmal €1.000 aus der Insolvenzmasse. Die Schuldner dessen, der in Konkurs fällt, müssen ihre Schulden dagegen ungekürzt zur Konkursmasse begleichen, also €10.000 zahlen, wenn sie €10.000 schulden. Ist jemand gleichzeitig Schuldner und Gläubiger, erlaubt ihm das Gesetz die Aufrechnung auch im Rahmen der Insolvenz (§§ 94 ff. InsO). Damit sichert ihn die Aufrechnungsmöglichkeit vor dem sonst drohenden Verlust.

Die Aufrechnung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Es handelt sich bei ihr um eine empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 388 Satz 1 BGB), die bedingungs- und befristungsfeindlich ist (§ 388 Satz 2 BGB).

Die Voraussetzungen der Aufrechnung sind in § 387 BGB geregelt. Schlagwortartig erfordert eine wirksame Aufrechnung neben der Aufrechnungserklärung: Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit der Forderungen, Durchsetzbarkeit der Gegenforderung, Erfüllbarkeit der Hauptforderung sowie Nichtvorliegen eines Aufrechnungsverbotes. Die vier Merkmale Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Durchsetzbarkeit der Gegenforderung und Erfüllbarkeit der Hauptforderung werden auch unter dem Begriff „Aufrechnungslage“ zusammengefasst. Benutzt man den Begriff der Aufrechnungslage, so setzt eine wirksame Aufrechnung mithin nur dreierlei voraus, nämlich: Aufrechnungserklärung, Aufrechnungslage und das Nichtvorliegen eines Aufrechnungsverbotes.

Diese Voraussetzungen sollen im Folgenden näher untersucht werden:

#### *a. Gegenseitigkeit*

Hiermit ist gemeint, dass eine wirksame Aufrechnung voraussetzt, dass zwei Personen einander Leistungen schulden, so dass jeder von ihnen zugleich Schuldner und Gläubiger der anderen Person ist. Der Grundsatz der

Gegenseitigkeit kann im Einzelfall zu unbilligen Härten für den Schuldner führen. Daher hat der Gesetzgeber dieses Prinzip in bestimmten Fällen durch Spezialvorschriften durchbrochen. Ein wichtiges Beispiel hierfür ist § 406 BGB, der es dem Schuldner einer abgetretenen Forderung erlaubt, mit einer ihm gegen den Altgläubiger zustehenden Forderung auch gegenüber dem neuen Gläubiger aufzurechnen, wenn er beim Erwerb der Gegenforderung von der Abtretung keine Kenntnis hatte und die Gegenforderung auch nicht erst nach Erlangung seiner Kenntnis von der Abtretung und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist. Weitere Beispiele für spezialgesetzliche Durchbrechungen des Prinzips der Gegenseitigkeit sind die §§ 409 Abs. 1, 566d BGB. Gelegentlich wird auch in besonders gelagerten Ausnahmefällen eine Durchbrechung des Erfordernisses der Gegenseitigkeit mit § 242 BGB gerechtfertigt. Dies wird z.B. für den Fall einer Aufrechnung des Vertragspartners eines Strohmanns mit seinen Gegenforderungen gegen den Hintermann angenommen (vgl. dazu mit weiteren Beispielen: Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 13 II, 4 bis 5).

#### *b. Gleichartigkeit*

§ 387 BGB verlangt, dass die gegeneinander aufgerechneten Forderungen „ihrem Gegenstand nach gleichartig“ sind. Dadurch, dass der Gesetzgeber den Begriff „Gegenstand“ verwendet, ist eindeutig geklärt, dass es für das Merkmal der „Gleichartigkeit“ nicht darauf ankommt, auf welchem Rechtsgrund die miteinander verrechneten Forderungen beruhen. Es ist aus diesem Grunde z.B. unproblematisch, wenn einer der verrechneten Ansprüche aus einem gesetzlichen und der andere aus einem vertraglichen Schuldverhältnis stammt. Maßstab für die Bewertung der „Gleichartigkeit“ ist die Verkehrsanschauung. Das bedeutet, dass es für die Gleichartigkeit weniger um die juristisch-dogmatische Einordnung der einzelnen Anspruchsziele, sondern vielmehr um die Anschauungen des täglichen Lebens geht. Daher kann z.B. ein Anspruch auf Zahlung von Geld gegen einen Anspruch auf Herausgabe von Geld aufgerechnet werden, obgleich streng dogmatisch betrachtet im einen Fall die Übereignung und Besitzübertragung von irgendwelchem Geld aus der Gattung der geschuldeten Währung in Höhe des geschuldeten Betrages und in dem anderen Fall lediglich die Besitzübertragung ganz bestimmter Geldmünzen/Banknoten geschuldet wird. Lebenspraktisch betrachtet schulden die Parteien einander nämlich einfach nur „Geld“, wobei es beiden Parteien nur auf die geschuldete Summe und nicht etwa auf ganz bestimmte Münzen oder Banknoten oder juristische Details der Rechtsübertragung ankommt (ebenso Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 12 III, 3).

### *c. Durchsetzbarkeit der Gegenforderung*

Da die Aufrechnung lediglich zu einer Verkürzung der Leistungswege im Wege der „Privatvollstreckung“ des Schuldners führen soll, kann der Schuldner auch nur dann erfolgreich mit der Gegenforderung aufrechnen, wenn er sie auch in einem Gerichtsverfahren durchsetzen könnte. Dies setzt in erster Linie selbstverständlich voraus, dass die Gegenforderung (noch) begründet ist. Sie muss aber darüber hinaus auch in jeder Hinsicht rechtlich erzwingbar sein. Unvollkommene Verbindlichkeiten wie z.B. Wett- und Spielschulden (§ 762 Abs. 1 BGB) oder der „Ehemäklerlohn“ (§ 656 Abs. 1 BGB), die materiellrechtlich unverbindlich und nicht klagbar sind, sind nicht rechtlich erzwingbar. Mit ihnen kann folglich auch nicht aufgerechnet werden. Des Weiteren muss ein Anspruch, um durchsetzbar zu sein, auch fällig sein. Wenn der Schuldner etwa seine Gegenforderung gestundet hat, kann er nicht mit ihr aufrechnen. Darüber hinaus ordnet § 390 Satz 1 BGB allgemein an, dass einredebehaftete Forderungen nicht aufgerechnet werden können.

### *d. Erfüllbarkeit der Hauptforderung*

Da die Aufrechnung Erfüllungssurrogat ist, setzt sie voraus, dass die Hauptforderung erfüllbar ist. Dies bedeutet, dass die Hauptforderung anders als die Gegenforderung nicht durchsetzbar sein muss (z.B. durchaus einredebehaftet sein kann), solange sie erfüllbar ist. Dieses Erfordernis wird besonders deutlich, wenn man das Beispiel einer verzinslichen Darlehensforderung bemüht, für die die Parteien einen bestimmten Rückzahlungstermin vereinbart haben. In diesem Fall darf der Schuldner die Darlehensforderung wegen des Interesses des Darlehensgebers an den Zinsen nicht vor dem Rückzahlungstermin tilgen. Die Darlehensforderung ist dann vor dem Rückzahlungstermin nicht erfüllbar. Es kann daher natürlich auch nicht gegen sie vorher aufgerechnet werden. Wegen der bereits vorgestellten Auslegungsregel des § 271 Abs. 2 BGB darf der Schuldner aber regelmäßig bereits vor der Fälligkeit der Hauptforderung aufrechnen.

### *e. Aufrechnungsverbote*

Aufrechnungsverbote können aus Gesetz oder aus Vertrag folgen. Die wichtigsten Aufrechnungsverbote des BGB enthalten die §§ 393, 394. § 393 verbietet die Aufrechnung gegen eine Hauptforderung aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung. Dieses Aufrechnungsverbot beruht auf sittlichen und sozialen Gründen und soll insbesondere eine (zivilrechtlich) sanktionslose Privatrache verhindern. Gäbe es diese Vorschrift nicht, dann könnte der Gläubiger eines säumigen

Schuldners, bei dem ohnehin „nichts mehr zu holen“ ist, seinen Schuldner körperlich verletzen oder ihm die Fensterscheiben einwerfen und danach aufrechnen und sich so seiner Schadensersatzverpflichtung entziehen (Deutsch, NJW 1981, 735). Diesem Schutzzweck Rechnung tragend muss man das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB auch auf vertragliche Schadensersatzansprüche, die durch die vorsätzliche unerlaubte Handlung ausgelöst wurden und mit den Ansprüchen aus unerlaubter Handlung konkurrieren, ausdehnen. Da die Vorschrift nur dem Schutz des Geschädigten vor einer Aufrechnung durch den Schädiger dient, hindert § 393 BGB natürlich den Geschädigten nicht, seinerseits mit der ihm zustehenden Gegenforderung aus unerlaubter Handlung aufzurechnen. § 394 BGB verbietet die Aufrechnung gegen Hauptforderungen, die nicht pfändbar sind. Damit verweist das BGB auf die Pfändungsschutzvorschriften der §§ 850 ff. ZPO. Hinter § 394 BGB steht der Gedanke, dass Forderungen, die in einem staatlichen Vollstreckungsverfahren aus sozialen Gründen nicht pfändbar wären, vom Gläubiger auch nicht im Wege der Privatvollstreckung zum Erlöschen gebracht werden sollen. Darüber hinaus kann ein Aufrechnungsverbot von den Parteien auch vertraglich vereinbart werden. Das folgt allgemein aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Einem Ausschluss der Aufrechnung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen setzt allerdings § 309 Nr. 3 BGB Grenzen, der Bestimmungen für unwirksam erklärt, „durch die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis genommen wird, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen“.

Die Aufrechnung führt als Erfüllungssurrogat nicht einfach nur zum Erlöschen der Hauptforderung. Sie bewirkt gemäß § 389 BGB vielmehr, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind, in dem also zum ersten Mal hätte aufgerechnet werden können. Damit wird mittels einer Fiktion die Wirkung der Aufrechnung auf den Zeitpunkt erstmaliger Aufrechnungslage zurückbezogen. Eine praktisch wichtige Auswirkung dieser Rückwirkungsfiktion ist es z.B., dass bereits entstandene Zinsen auf die Hauptforderung vom Eintritt der Aufrechnungslage an erlöschen und nicht mehr geschuldet werden.

Die Aufrechnung ist ein Gestaltungsrecht und wird durch eine Willenserklärung des Schuldners ausgelöst. Dennoch ist es wegen der Vertragsfreiheit nach ganz herrschender Meinung auch möglich, dass die Parteien einen Aufrechnungsvertrag schließen. Der Vorteil dieses Vorgehens für die Parteien liegt darin, dass sie einen Aufrechnungsvertrag auch dann abschließen können, wenn einzelne Voraussetzungen der Aufrechnung nach § 387 BGB (z.B. die Gegenseitigkeit) nicht gegeben sind. Bei dem Aufrechnungsvertrag handelt es sich nicht um einen schuldrechtlichen Vertrag, sondern um ein Verfügungsgeschäft.

### 3. Leistung an Erfüllungs statt

Will der Schuldner anstatt der geschuldeten Leistung eine andere Leistung erbringen, dann kann diese Leistung nicht zur Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB führen. Allerdings kann der Schuldner die Leistung als Leistung an Erfüllungs statt anbieten. Nimmt der Gläubiger dieses Angebot an, so erlischt das Schuldverhältnis im engeren Sinne gemäß § 364 Abs. 1 BGB ebenso wie bei der Erfüllung. Dennoch ist streitig, ob es sich bei der Leistung an Erfüllungs statt um ein Erfüllungssurrogat handelt (vgl. dazu insbesondere Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 5 I, 2 a). Dies erklärt sich daraus, dass ein Teil der Literatur die Vereinbarung einer Leistung an Erfüllungs statt als Schuldänderungsvertrag (§ 311 Abs. 1 BGB) begreift, der sofort erfüllt wird (so etwa Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 10, 3; Schmidt/Brüggemeier, Zivilrechtlicher Grundkurs, 7. Auflage 2006, Rdnr. 358). Wieder andere qualifizieren die Vereinbarung einer Leistung an Erfüllungs statt als entgeltlichen Austauschvertrag, bei dem der Gläubiger sich in kaufähnlicher Weise (vgl. § 365 BGB) zum Erlass seiner bisherigen Forderung gegen Begründung einer neuen Forderung durch den Schuldner verpflichtet (so etwa BGHZ 46, 338, 342). Die herrschende Meinung wertet die Vereinbarung einer Leistung an Erfüllungs statt als reinen Erfüllungsvertrag, der nicht darauf gerichtet ist, ein neues Schuldverhältnis zu begründen, sondern die bestehende Forderung zum Erlöschen zu bringen (MüKo/Wenzel, § 364 Rdnr. 1). Allerdings handelt es sich auch nach dieser Meinung jedenfalls dann um einen Schuldänderungsvertrag, wenn die Parteien bereits vor der Erfüllung vereinbaren, dass die Schuld durch eine andere als die zunächst versprochene Leistung erfüllt werden soll (MüKo/Wenzel, § 364 Rdnr. 2).

Von der „typischen“ Leistung an Erfüllungs statt ist die Ersetzungsbefugnis (*facultas alternativa*) zu unterscheiden. Von einer Ersetzungsbefugnis des Schuldners spricht man, wenn dieser zwar von Anfang an nur eine bestimmte Leistung schuldet, jedoch berechtigt ist, sich von dieser Schuld auch durch eine andere als die geschuldete Leistung zu befreien. Nach h.M. handelt es sich somit bei der Ersetzungsbefugnis um eine vorweggenommene (antizipierte) Vereinbarung einer Leistung an Erfüllungs statt, die unter der Bedingung steht, dass der Schuldner sein Ersetzungsrecht ausübt. Leistet der Schuldner aufgrund einer Ersetzungsbefugnis, so erlischt nach dieser Meinung konsequenterweise das Schuldverhältnis nicht gemäß § 362 Abs. 1 BGB durch Erfüllung, sondern gemäß § 364 Abs. 1 BGB durch eine Leistung an Erfüllungs statt (BGHZ 46, 338, 342).

Besonders wichtig ist die Abgrenzung zwischen der Leistung an Erfüllungs statt und der Leistung erfüllungshalber. Während die Leistung an Erfüllungs statt als Erfüllungssurrogat das Schuldverhältnis im engeren Sinne zum Erlöschen bringt,

lässt die Leistung erfüllungshalber das Schuldverhältnis zunächst bestehen und führt erst dann zum Erlöschen des Schuldverhältnisses, wenn sich der Gläubiger aus dem erfüllungshalber Geleisteten befriedigt hat, indem er z.B. eine erfüllungshalber geleistete Sache veräußert hat.

Wenn die Parteien eine Leistung erfüllungshalber vereinbart haben, dann folgt aus ihrer Vereinbarung, dass der Gläubiger sich verpflichtet, aus dem erfüllungshalber geleisteten Gegenstand schnellst- und bestmöglich mit verkehrsüblicher Sorgfalt Befriedigung zu suchen. Verletzt er diese Verpflichtung, so steht dem Schuldner gegen den Gläubiger ein Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) zu. Eine weitere Rechtsfolge der Vereinbarung einer Leistung erfüllungshalber besteht darin, dass die Parteien eine Stundung der ursprünglichen Forderung vereinbaren. Das hat zur Folge, dass der Schuldner die Erfüllung der ursprünglichen Forderung solange verweigern darf, bis der Gläubiger sich aus dem erfüllungshalber hingeegebenen Gegenstand erfolgreich befriedigt hat oder ein Versuch der Befriedigung fehlgeschlagen ist.

Ob die Parteien eine Leistung an Erfüllung statt oder eine Leistung erfüllungshalber gewollt haben, ist bei fehlender ausdrücklicher Parteivereinbarung durch Auslegung zu ermitteln. Für diese Auslegung stellt das BGB in § 364 Abs. 2 eine Auslegungsregel für den Fall zur Verfügung, dass die Leistung des Schuldners darin besteht, dass er dem Gläubiger gegenüber eine neue Verbindlichkeit (z.B. durch Hingabe eines Schecks oder eines Wechsels) eingeht. Das Gesetz geht in diesem Fall im Zweifel davon aus, dass die Leistung erfüllungshalber erfolgt. In allen anderen Fällen „alternativer Leistungsangebote“ hilft das Gesetz nicht weiter. Hier muss die Auslegung dann mithilfe der §§ 133, 157 BGB den normativen Willen der Parteien ermitteln. Dabei ist allerdings in erster Linie die Interessenlage des Gläubigers zu beachten, der entsprechend der Wertung des § 364 Abs. 2 BGB regelmäßig nicht bereit sein wird, seine „alte Forderung“ gegen eine ungewisse Realisierungschance einzutauschen. So wird man z.B. bei der Abtretung einer Forderung des Schuldners gegen einen Dritten an den Gläubiger regelmäßig eine Leistung erfüllungshalber annehmen müssen, da der Gläubiger in den seltensten Fällen bereit sein dürfte das Bonitätsrisiko des Dritten zu tragen. Auch der Gesetzgeber neigt dieser Auffassung zu, wie die Vorschrift des § 788 BGB aus dem Recht der Anweisung zeigt.

Bei der Leistung von Sachen an Stelle der geschuldeten Leistung wird der Parteiwille grundsätzlich dann auf eine Leistung an Erfüllung statt gerichtet sein, wenn der Gläubiger die Sache behalten soll und sie dem mehr oder minder dem Wert der „alten“ Forderung entspricht; soll der Gläubiger die Sache dagegen

verwerten („versilbern“) wird der Parteiwille dagegen regelmäßig auf eine Leistung erfüllungshalber gerichtet sein.

Welche Rechte der Gläubiger hat, wenn der an Erfüllung statt geleistete Gegenstand mangelhaft ist, regelt § 365 BGB. Diese Vorschrift verweist für den Fall des Sach- oder Rechtsmangels auf die Vorschriften des Kaufrechts (§§ 434 ff. BGB). Dies bedeutet, dass der Gläubiger die Rechte aus § 437 BGB hat. Meist wird sich der Gläubiger dann für den Rücktritt entscheiden. Wählt er den Rücktritt, so führt dies nicht automatisch zum Wiederaufleben der gemäß § 364 Abs. 1 BGB erloschenen Forderung. Vielmehr erhält der Gläubiger dann einen Anspruch auf Wiederbegründung der erloschenen Forderung. Dies würde genau betrachtet bedeuten, dass der Gläubiger, wenn der Schuldner nicht zur Gewährleistung bereit ist, den Schuldner zunächst auf Wiederbegründung der erloschenen Forderung und nach Wiederbegründung dieser Forderung in einer zweiten Klage auf Erfüllung der wieder begründeten Forderung verklagen müsste. Um dieses unsinnige Ergebnis zu vermeiden, lässt der BGH es zu, dass der Gläubiger in einem solchen Fall unmittelbar auf Erfüllung des wiederbegründeten Anspruchs klagt (BGHZ 46, 338, 342 f.).

---

#### *IV. Gläubigerverzug*

##### **1. Begriffsbestimmung**

Ein Gläubigerverzug oder Annahmeverzug liegt vor, wenn die Erfüllung des Schuldverhältnisses dadurch verzögert wird, dass der Gläubiger die seinerseits erforderliche Mitwirkung unterlässt. Die Nichtannahme der Leistung führt dazu, dass keine Erfüllungswirkung eintreten kann. Es kommt auch nicht aus anderen Gründen zu einer Schuldbefreiung des Schuldners. Dennoch sollen die Voraussetzungen und Folgen des Gläubigerverzugs an dieser Stelle behandelt werden.

##### **2. Voraussetzungen des Gläubigerverzugs**

- Die Leistung muss möglich sein.

Aus § 297 BGB ergibt sich, dass die Unmöglichkeit der Leistung und das Unvermögen des Schuldners den Annahmeverzug ausschließen. Die Abgrenzung zwischen Gläubigerverzug und Unmöglichkeit ist danach vorzunehmen, ob die



zurzeit fehlende Mitwirkung des Gläubigers nachholbar bleibt, dann handelt es sich um einen Fall des Verzuges, oder ob die Leistung später nicht mehr erbracht werden kann, dann ist Unmöglichkeit gegeben. Wird die Annahme der Leistung durch den Gläubiger seinerseits geschuldet, wie dies z.B. nach § 640 Abs. 1 BGB beim Werkvertrag der Fall ist, so kann der Gläubiger zugleich in einen Gläubigerwie in einen Schuldnerverzug kommen.

- Der Schuldner muss berechtigt sein, die Leistung zu erfüllen (vgl. § 271 Abs. 2 BGB).
- Das Leistungsangebot des Schuldners muss so beschaffen sein, dass „der Gläubiger nichts weiter zu tun braucht, als zuzugreifen und die angebotene Leistung anzunehmen“ (RGZ 109, 324 (328)).

Gemäß § 294 BGB ist ein tatsächliches Angebot des Schuldners erforderlich. Der Schuldner muss demnach die Leistungshandlung zur rechten Zeit, am rechten Ort und in der geschuldeten Art und Weise vornehmen. Liegt eine Bringschuld vor, so hat der Schuldner die geschuldete Leistung tatsächlich zum Gläubiger zu bringen. Bei einer Schickschuld, insbesondere bei einem Versandkauf, muss die vom Schuldner abgesandte Ware beim Gläubiger eintreffen; der bereits mit der Absendung eintretende Gefahrübergang nach § 447 BGB ist insoweit ohne Bedeutung. Lediglich bei einer Holschuld genügt ein wörtliches Angebot nach § 295 S. 1 BGB. Ebenso genügt nach § 295 BGB das wörtliche Angebot, wenn der Gläubiger eindeutig und bestimmt erklärt, dass er die Leistung nicht annehmen werde.

Die Annahmeverweigerung kann zeitlich vor dem Angebot erklärt werden. Wenn offenkundig ist, dass der Gläubiger auf der Annahmeverweigerung beharrt, ist es streitig, ob es überhaupt noch eines wörtlichen Angebotes bedarf. Es wird die Auffassung vertreten, dass in einem solchen Fall das wörtliche Angebot nur eine leere Form darstelle und aus diesem Grunde auf sie verzichtet werden könne (so z.B. Palandt/Grüneberg § 295 Rn. 4). Das hat auch der BGH so entschieden (BGH NJW 2001, 287).

Das wörtliche Angebot im Sinne des § 295 BGB stellt eine geschäftsähnliche Handlung dar, für die die §§ 104 ff. BGB analog gelten. Das bedeutet insbesondere, dass für das wörtliche Angebot ein Zugang nach § 130 BGB erforderlich ist. Das tatsächliche Angebot im Sinne des § 294 BGB hingegen ist ein Realakt, auf den die Vorschriften über die Willenserklärung unanwendbar sind. Der kalendermäßig bestimmte Zeitpunkt für die Vornahme der Leistungshandlung ersetzt gemäß § 296 BGB das Angebot des Schuldners.

- Letztlich ist erforderlich, dass der Gläubiger die angebotene Leistung nicht angenommen hat.

Relevant ist diesbezüglich nur die tatsächliche Nichtannahme. Ohne Bedeutung ist der Grund der Nichtannahme, insbesondere bedarf es für den Gläubigerverzug keines Verschuldens. Ein Gläubigerverzug ist auch dann gegeben, wenn der Gläubiger die Leistung zwar anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung selbst aber nicht anbietet (§ 298 BGB). Eine vorübergehende Annahmeverhinderung bringt den Gläubiger nur dann in Verzug, wenn der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat (§ 299 BGB).

### **3. Folgen des Gläubigerverzugs**

Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs beruhen auf dem Gedanken, dass die Annahme der Leistung für den Gläubiger nur eine Obliegenheit darstellt. Somit führt der Gläubigerverzug zu einer Entlastung des Schuldners. Dies führt allerdings ebenso wie der Schuldnerverzug nicht zu einer Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht (Ausnahme § 615 S. 1 BGB). Der Schuldner wird aber von seiner Haftung hinsichtlich leichter Fahrlässigkeit befreit. Gemäß § 300 Abs. 1 BGB hat er während des Gläubigerverzugs nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Auch wenn der Haftungsmaßstab für den Schuldner gemindert ist, greift die Beweislastregel des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB ein. Während des Gläubigerverzuges muss der Schuldner folglich die Tatsachen behaupten und beweisen, aus denen sich ergibt, dass die Undurchführbarkeit der Leistung nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruht.

§ 300 Abs. 2 BGB bestimmt, von welchem Zeitpunkt an der Gattungsschuldner bei nicht zu vertretendem Untergang oder Verschlechterung des Leistungsgegenstandes von seiner Vertragspflicht frei wird. Die Folge ist demnach, dass sich die ursprüngliche Gattungsschuld durch Konkretisierung lediglich noch auf eine dadurch entstandene Stückschuld bezieht. Der Gläubiger trägt damit dann die Leistungsgefahr. Häufig tritt eine Konkretisierung allerdings bereits vor dem Gläubigerverzug ein, nämlich dann, wenn die Voraussetzungen des § 243 Abs. 2 BGB vorliegen. § 300 Abs. 2 BGB gilt entsprechend auch für Geldschulden, allerdings lediglich hinsichtlich der reinen Sachgefahr, nicht hinsichtlich eines Geldwertverlustes oder des Währungsrisikos.

Gemäß § 301 BGB hat der Schuldner von einer verzinslichen Geldschuld während des Verzugs des Gläubigers keine Zinsen zu entrichten. Des Weiteren ist der

Schuldner, der Nutzungen eines Gegenstandes herauszugeben oder zu ersetzen hat, während des Gläubigerverzugs nicht mehr verpflichtet, Sorge für die tatsächliche Nutzenziehung zu tragen (§ 302 BGB). Es kann ihm folglich nicht mehr vorgeworfen werden, er habe es schuldhaft unterlassen, Nutzungen aus dem Schuldgegenstand zu ziehen. § 304 BGB gibt dem Schuldner im Falle des Gläubigerverzugs einen Ersatzanspruch auf Ersatz der objektiv notwendigen Mehraufwendungen, wobei sich die Notwendigkeit nach Angemessenheit und Zweckmäßigkeit bemisst. Es genügt nicht, dass der Schuldner die Aufwendungen für erforderlich halten durfte.

---

## *V. Befreiende Unmöglichkeit*

### **1. Die gesetzliche Grundkonzeption**

Das Schuldverhältnis im engeren Sinne erlischt entweder durch das Bewirken der geschuldeten Leistung (§ 362 Abs. 1 BGB) oder durch das Vorliegen eines Erfüllungssurrogates (§§ 378, 389 BGB). Die Erfüllung ist der regelmäßige Erlöschensgrund für ein Schuldverhältnis, nicht aber der einzig mögliche. Weitere Erlöschensstatbestände können sich aus Schwierigkeiten ergeben, die bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses auftreten. Diese Abwicklungsschwierigkeiten werden heute allgemein mit dem Begriff „Leistungsstörungen“ umschrieben. Schlüsselbegriff im Recht der Leistungsstörungen und wichtiger Erlöschensstatbestand ist die Unmöglichkeit. Das Gesetz erwähnt diesen Begriff zwar seit der Schuldrechtsmodernisierung nicht mehr in den Gesetzesüberschriften. Es enthält aber in § 275 Abs. 1 BGB eine Regelung über die schuldbefreiende Unmöglichkeit. Diese Regelung greift bei objektiver wie bei subjektiver Unmöglichkeit und bei nachträglicher wie bei anfänglicher Unmöglichkeit. Das Eingreifen bei anfänglicher Unmöglichkeit ist neu und wird in § 311a Abs. 1 BGB ausdrücklich angeordnet. Es kommt dann zu einem Schuldverhältnis, das sich von der ersten Sekunde an auf Sekundärpflichten des Leistungsstörungsrechts beschränkt.

Was versteht nun aber das BGB unter Unmöglichkeit? Schon rein begrifflich ist eine Leistung erst dann (objektiv) unmöglich, wenn sie endgültig von niemandem, also weder vom Schuldner noch von einem Dritten, erbracht werden kann (endgültige Unerbringlichkeit der Leistung). Kann die Leistung zwar von irgend jemandem erbracht werden, nur vom Schuldner selbst nicht, so spricht man von subjektiver Unmöglichkeit oder Unvermögen. Dieses Unvermögen führt erst dann

zur Schuldbefreiung, wenn es dem Schuldner nicht gelingt, das Unvermögen zu überwinden, weil etwa der Eigentümer einer geschuldeten Sache sich weigert, die Sache dem Schuldner zu übertragen. Ist es dem Schuldner nur nicht zumutbar, den vom Eigentümer geforderten Preis zu zahlen, liegt kein schuldbefreiendes Unvermögen vor, sondern eventuell eine Situation, bei der dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 BGB eingeräumt wird. Die schuldbefreiende Unmöglichkeit begründet eine automatisch wirkende Einwendung, das Leistungsverweigerungsrecht eine vom Schuldner auszuübende Einrede.

Man hat schon zum alten Recht im Wesentlichen die Fälle der naturgesetzlichen, der rechtlichen und der faktischen (oder praktischen) Unmöglichkeit sowie der Unmöglichkeit durch Zeitablauf unterschieden. Die Unterscheidung ist auch nach neuem Recht noch tragfähig.

Von naturgesetzlicher Unmöglichkeit spricht man, wenn die Leistung nach Naturgesetzen oder nach dem gegenwärtigen Stand von Wissenschaft und Technik von niemandem erbracht werden kann. So liegt es etwa, wenn die geschuldete Sache zerstört wird oder jedenfalls so schwer beschädigt wird, dass es sich wirtschaftlich um einen anderen Gegenstand handelt. Ebenfalls hier einzuordnen sind die Fälle, in denen sich jemand vertraglich zu einem nach naturwissenschaftlichen Erkenntnissen nicht erzielbaren Erfolg verpflichtet. Hierbei geht es häufig um den Einsatz „übersinnlicher Kräfte“ oder sonstige wissenschaftlich nicht anerkannte Praktiken. In diesen Fällen geht die Rechtsprechung regelmäßig von Unmöglichkeit aus (vgl. die Zusammenstellung bei Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6. Auflage 2005, § 3 II 1 b). Ein typisches Beispiel hierfür ist der vom LG Kassel in NJW 1985, 1642 in diesem Sinne entschiedene Fall, in dem sich eine Frau ihrer Vertragspartnerin gegenüber gegen Zahlung von 3.000 DM verpflichtet hatte, den ehemaligen Lebenspartner ihrer Kundin durch mentale Beeinflussung auf „parapsychologischer Grundlage“ wieder zu ihr zurückzuführen.

Von rechtlicher Unmöglichkeit spricht man, wenn eine Leistung aus rechtlichen Gründen von niemandem erbracht werden kann. Ein typisches Beispiel hierfür ist die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges, der bereits besteht. Dieser Fall kann etwa eintreten, wenn der bestohlene Eigentümer die gestohlene Sache unbedingt wieder haben will und sie daher dem Dieb „abkauft“: Einen solchen Kaufvertrag - sollte er überhaupt vor § 138 Abs. 1 BGB Bestand haben - könnte der Dieb nicht erfüllen, da er das Eigentum an der Sache nicht auf sein Opfer, das ja noch Eigentümer ist, übertragen kann. Rechtliche Unmöglichkeit liegt weiterhin vor, wenn die Rechtsordnung den angestrebten Rechtserfolg nicht anerkennt. Dies

greift z.B. dann ein, wenn ein Vertrag über die Leistung von Gegenständen geschlossen wird, die dem Geschäftsverkehr entzogen sind (z.B. amtliche Dokumente wie der Reisepass oder Betäubungsmittel, deren Handel nach dem BtMG unter Androhung von Strafe untersagt ist).

Anders als die naturgesetzliche und die rechtliche Unmöglichkeit wird die faktische oder praktische Unmöglichkeit eigentlich nicht mehr vom Begriff der Unmöglichkeit erfasst. Denn unter faktischer Unmöglichkeit versteht man die „Fälle, in denen die Erbringung der Leistung zwar nicht schlechthin für jedermann unmöglich ist, aber doch jedem Menschen so erhebliche und im Grunde unüberwindliche Schwierigkeiten bereitet, dass kein vernünftiger Mensch ohne besonderen Anlass auch nur auf die Idee käme, den Versuch einer Leistungserbringung zu wagen“ (Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 3 III 3). Demnach handelt es sich also bei der faktischen Unmöglichkeit um Fälle, bei denen die Leistungserbringung zwar theoretisch möglich wäre, bei denen jedoch die praktische Durchführung der Leistungserbringung auf derartige Schwierigkeiten stoßen würde, dass man sie aus Billigkeitsgründen den Fällen der naturgesetzlichen und der rechtlichen Unmöglichkeit gleichstellt. Als typische Beispiele für die faktische Unmöglichkeit werden immer wieder gerne das Aufsuchen eines Ringes, der auf den Meeresgrund gefallen ist, sowie die Hebung einer Münzsammlung, die sich unter dem Fundament eines Hochhauses befindet, angeführt.

Schwierigkeiten bereitet die faktische Unmöglichkeit eigentlich nur deswegen, weil sie von der so genannten „wirtschaftlichen Unmöglichkeit“ abzugrenzen ist, deren Subsumtion unter den Begriff Unmöglichkeit außerordentlich umstritten ist. Nach den vagen, in der Literatur vertretenen Ansichten muss man sich die wirtschaftliche Unmöglichkeit als ein quantitatives Minus zur faktischen Unmöglichkeit vorstellen: Die Leistungserbringung sei zwar weniger schwierig als bei der faktischen Unmöglichkeit, aber immerhin noch so schwierig, dass ihre Einforderung vom Schuldner die „Opfergrenze“ überschreite und daher diesem nicht zugemutet werden könne. Man spricht dann auch von „übermäßiger Leistungerschwerung“. Für diese Fälle bietet sich nach der Schuldrechtsmodernisierung die Vorschrift des § 275 Abs. 2 BGB an: Der Schuldner erhält ein Leistungsverweigerungsrecht. Für die automatische Schuldbefreiung besteht kein Bedürfnis.

Schließlich kann die Unmöglichkeit der Leistungserbringung auch durch Zeitablauf eintreten. Grundsätzlich führt die Nichterbringung der Leistung zur vereinbarten Leistungszeit zum Verzug des Schuldners und nicht zur Unmöglichkeit der Leistung, da die Leistung weiterhin nachholbar und damit

möglich ist. Allerdings kann die Leistungszeit nach dem Inhalt der vertraglichen Vereinbarung von solcher Wichtigkeit sein, dass die Leistung durch Zeitablauf unmöglich wird. Das wichtigste Beispiel hierfür ist das „absolute Fixgeschäft“.

Von einem absoluten Fixgeschäft spricht man, wenn die Leistungszeit nach der vertraglichen Vereinbarung von derart großer Bedeutung ist, dass nach Überschreitung des Erfüllungszeitraums das Leistungsinteresse des Gläubigers unter keinem Gesichtspunkt mehr befriedigt werden kann. Als Schulbeispiel für das absolute Fixgeschäft wird immer wieder gerne der Fall angeführt, dass ein Taxi zum Flughafen für eine bestimmte Uhrzeit bestellt wird, um einen Flug zu erreichen. Kommt das Taxi erst mit erheblicher Verspätung, so dass der Kunde absehbar den Flug nicht mehr erreichen kann, ist für ihn die gewünschte Taxifahrt sinnlos geworden. Zwar ist eine Fahrt zum Flughafen weiterhin physisch möglich, dennoch ist die Leistung nicht mehr nachholbar, weil nicht alleine die Fahrt zum Flughafen geschuldet war, sondern die Fahrt zum Flughafen innerhalb eines bestimmten, eng bemessenen Zeitraumes. Weitere charakteristische Beispiele für absolute Fixgeschäfte sind Verträge über ausgeprägte Saisonartikel, die für die beteiligten Kreise erkennbar nur innerhalb eines bestimmten Zeitraumes mit Gewinn absetzbar sind, wie z.B. Schokoladenostereier und -hasen, Weihnachtsbäume, Sommer- bzw. Winterkleidung mit den „Farben der Saison“ etc. Werden diese Artikel erst nach Ablauf der Saison geliefert, dann haben sie den vertraglich vorausgesetzten Zweck eingebüßt und sind für den Abnehmer nutzlos geworden. So hat etwa ein Lebensmittelgeschäft, das beim Großhändler für das Ostergeschäft 30 Paletten Schokoladenosterhasen der Marke „X“ bestellt hat, im Sommer keinerlei Verwendung mehr für eine dann erst eintreffende Lieferung; vielmehr ist mit Abschluss des Ostergeschäftes der Erfüllungszeitraum abgelaufen und die Leistung unmöglich geworden. Ebenso verhält es sich mit einigen Dauerschuldverhältnissen, bei denen im Hinblick auf den Vertragszweck die Leistungszeit eine wichtige Rolle spielt, so dass die einmal verlorene Zeit grundsätzlich nicht mehr nachgeholt werden kann.

Ein praktisch wichtiges Beispiel hierfür ist der Arbeitsvertrag, bei dem bei Nichtleistung des Arbeitnehmers innerhalb der vereinbarten Arbeitszeit grundsätzlich Unmöglichkeit eintritt, da der Arbeitnehmer die Leistung bei einem typischen Arbeitsvertrag nicht nach Feierabend erbringen kann. Auch am nächsten Arbeitstag kann er die Leistung nicht nachholen, da er dann die für diesen Tag geschuldete Arbeitsleistung erbringen muss (vgl. Heiderhoff, JuS 1998, 1087, 1089 m.w.N.). Ein weiteres wichtiges Beispiel für solche Dauerschuldverhältnisse ist der Raummietvertrag: Auch hier führt jeder verstrichene Tag, an dem dem Mieter die Mietwohnung nicht zur Verfügung stand, zur (Teil-)Unmöglichkeit (MüKo/Ernst, § 275 Rdnr. 48).

Vom absoluten Fixgeschäft ist das relative Fixgeschäft zu unterscheiden. Das relative Fixgeschäft ist dadurch gekennzeichnet, dass auch bei ihm die Leistung nach der Vereinbarung der Parteien innerhalb eines bestimmten Erfüllungszeitraumes erfolgen soll, so dass das Geschäft mit der Einhaltung des Leistungszeitraumes „stehen oder fallen soll“. Dabei kommt der Leistungszeit beim relativen Fixgeschäft jedoch kein derart die Leistung prägender Charakter zu, dass nach Ablauf des Erfüllungszeitraumes die Leistung nicht mehr nachholbar und damit unmöglich wird. Vielmehr räumt das Gesetz dem Gläubiger in § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB beim relativen Fixgeschäft ein Rücktrittsrecht für den Fall ein, dass der Schuldner den Erfüllungszeitraum überschreitet.

Selbst wenn die Parteien kein absolutes Fixgeschäft vereinbart haben, kann durch ein auch nur vorübergehendes Leistungshindernis ausnahmsweise der Vertragszweck derartig beeinträchtigt werden, dass dem Gläubiger ein weiteres Zuwarten nicht mehr zugemutet werden kann. In derartigen Fällen, insbesondere wenn eine Beseitigung des Leistungshindernisses nicht absehbar war, hat die Rechtsprechung häufig die vorübergehende Leistungsverzögerung der dauernden Unmöglichkeit gleichgestellt (vgl. Emmerich, *Recht der Leistungsstörungen*, § 4 III 3, IV mit zahlreichen Nachweisen). Dabei hat sie jedes Mal im Wege einer umfassenden Interessenabwägung auf die konkreten Umstände des Einzelfalles abgestellt, so dass sich die Ergebnisse kaum verallgemeinern lassen. Jedenfalls kann man sagen, dass sie eine Gleichstellung mit der dauernden Unmöglichkeit tendenziell dann bejaht hat, wenn es sich bei den Gläubigern um Kaufleute handelte, die auf kurzfristige Dispositionen angewiesen waren, so dass ihnen ein längeres Zuwarten nicht zuzumuten war. Als Leistungshinderungsgründe, die für eine Gleichstellung mit der dauernden Unmöglichkeit in Betracht kommen, hat sie insbesondere den Ausbruch von Kriegen oder Revolutionen am Ort der Leistungserbringung in Betracht gezogen, da diese Ereignisse von unabsehbarer Dauer sein können (vgl. dazu die Rechtsprechungsanalyse bei: MüKo/Ernst, § 275 Rdnr. 139 ff.). Diese Rechtsprechung zur Gleichstellung vorübergehender Leistungshindernisse mit der dauernden Unmöglichkeit ist auf nachhaltige Kritik im Schrifttum gestoßen, das insbesondere darauf hinweist, dass es sich bei all diesen Fällen um typische Beispiele handle, die nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu lösen seien (vgl. hierzu: MüKo/Ernst, § 275 Rdnr. 143 ff.).

## **2. Die Regelung bei der Stückschuld**

Die Unmöglichkeit befreit den Schuldner von der Leistungspflicht unabhängig davon, ob er die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Das Vertretenmüssen spielt nur

eine Rolle für die Ausgestaltung des Sekundärschuldverhältnisses, weil eine Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatz dann nicht gegeben ist, wenn der Schuldner die Nichtleistung nicht zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Das ist bei Stückschulden eindeutig und zwingend. Geht das individuell geschuldete Stück unter, kann niemand die Leistungsverpflichtung mehr erfüllen. Bei Gattungsschulden sieht das anders aus. Von einer Stückschuld spricht man, wenn der Leistungsgegenstand von vorneherein von den Parteien derart individuell bestimmt ist, dass die Schuld nur mit diesem bestimmten Gegenstand erfüllt werden kann. Demgegenüber spricht man von einer Gattungsschuld, wenn sich die Parteien darauf beschränken, den Leistungsgegenstand allgemein nach Merkmalen zu beschreiben, so dass zunächst offen bleibt, mit welchem konkreten Gegenstand der Schuldner später erfüllt. In einem solchen Fall ist der Schuldner verpflichtet, sich den Gegenstand, den er zur Erfüllung seiner Schuld benötigt, zu beschaffen. Die schuldbefreiende Unmöglichkeit tritt erst dann ein, wenn die Beschaffung des Gegenstands nicht möglich ist. Das ist etwa dann der Fall, wenn die gesamte Gattung untergeht und damit die Leistung objektiv unmöglich wird. Dies kann insbesondere dann vorkommen, wenn zwar eine Gattungsschuld vereinbart wurde, der Schuldner aber seine Verpflichtung auf den eigenen Vorrat beschränkt hat. Eine solche Vereinbarung kann auch konkludent erfolgen und kommt nach der Interessenlage der Parteien und der Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) insbesondere dann in Betracht, wenn ein Erzeuger (z.B. ein Landwirt) seine eigenen Produkte verkauft. Eine solche Gattungsschuld bezeichnet man als „beschränkte Gattungsschuld“ oder „Vorratsschuld“.

### **3. Die Regelung bei der Gattungsschuld**

Da die Schuldbefreiung bei der Gattungsschuld nach der Grundregel erst dann eintritt, wenn eine Leistung aus der Gattung nicht (mehr) möglich ist, der Schuldner damit die Garantie für seine Fähigkeit zur Beschaffung dieses Gegenstandes auf dem Markt und damit auch das Beschaffungsrisiko übernimmt, ist der Schuldner naturgemäß bestrebt, diesen Zustand möglichst schnell zu beenden und seine Verpflichtung durch Auswahl eines individuell bestimmten Gegenstandes auf diesen Gegenstand zu beschränken. Mit dieser Auswahl leitet der Schuldner einen Vorgang ein, der dazu führt, dass sich seine Gattungsschuld kraft Gesetzes in eine Stückschuld verwandelt. Dieser Vorgang wird „Konkretisierung“ der Gattungsschuld genannt. Die Voraussetzungen der Konkretisierung sind in § 243 BGB geregelt. Danach setzt die Konkretisierung zunächst voraus, dass die vom Schuldner aus der Gattung ausgewählten Sachen gemäß § 243 Abs. 1 BGB von „mittlerer Art und Güte“ sind. Ist dies der Fall, so ist



für die Konkretisierung nach § 243 Abs. 2 BGB nur noch erforderlich, dass der Schuldner „das seinerseits Erforderliche getan hat“. Was im jeweiligen Fall „das Erforderliche“ ist, bestimmt sich nach der Art der Schuld. Dabei kommen als Schuldarten Hol-, Bring- und Schickschuld in Betracht.

Bei der Bringschuld hat der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan, wenn er die Ware aus der Gattung ausgesondert und sie dem Gläubiger an seinem Wohnort bzw. dem Sitz seiner gewerblichen Niederlassung termingerecht in einer Annahmeverzug begründenden Weise angeboten hat. Bei der Schickschuld dagegen reicht es für die Konkretisierung aus, wenn der Schuldner die Ware aussondert und sie am Leistungsort ordnungsgemäß verpackt an eine sorgfältig ausgewählte Transportperson übergibt. Was der Schuldner bei der Holschuld tun muss, um eine Konkretisierung herbeizuführen, ist umstritten. Die geringsten Anforderungen an den Schuldner stellt die Auffassung, die lediglich verlangt, dass der Schuldner den Gegenstand aussondert und für den Gläubiger bereitstellt. Demgegenüber stellt die Ansicht, die vom Schuldner verlangt, dass er die Sache aussondert, für den Gläubiger bereitstellt und ihm über die Aussonderung eine Mitteilung macht (Esser/Schmidt, Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, § 13 I 2 c), die höchsten Anforderungen an den Schuldner. Am ausgewogensten im Hinblick auf die gegenläufigen Interessen der Parteien erscheint schließlich die vermittelnde Ansicht, die vom Schuldner neben Aussonderung und Bereitstellung verlangt, dass er den Gläubiger zur Abholung der Ware auffordert (Musielak, Grundkurs BGB, Rdnr. 194; Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, § 19 IV 2 (Rdnr. 183)). Diese Meinung hat insbesondere den Vorteil, dass sie das ungerechte Ergebnis vermeidet, dass die Konkretisierung nur daran scheitert, dass der juristisch nicht versierte Schuldner dem Gläubiger gegenüber nicht „die richtigen Worte findet“.

Hat der Schuldner die Gattungsschuld durch Konkretisierung in eine Stückschuld umgewandelt, dann wird der Schuldner beim Untergang des Gegenstandes gemäß § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht frei. Die Konkretisierung führt demnach zur Verlagerung der Leistungsgefahr vom Schuldner auf den Gläubiger.

Auch bei Gattungsschulden können persönliche Leistungshindernisse, die nicht nur auf einem Geldmangel des Schuldners beruhen, zur Anwendung des § 275 Abs. 1 BGB führen. Beispiele für solche Leistungshindernisse sind plötzliche Erkrankungen, Vertreibungen aus der Heimat, Freiheitsentziehungen oder vergleichbar einschneidende Ereignisse auf Seiten des Schuldners (Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 3 IV 4).

Es ist auch anerkannt, dass die Haftung des Schuldners für Gattungsschulden dann entfallen kann, wenn infolge nicht vorhersehbarer Umstände so erhebliche Leistungshindernisse entstanden sind, dass dem Schuldner die Beschaffung nicht mehr zugemutet werden kann. Obgleich darüber Einigkeit besteht, wird über die richtige Begründung dieses Ergebnisses heftig gestritten. Während das Reichsgericht in solchen Fällen von wirtschaftlicher Unmöglichkeit ausgegangen ist, stellt der BGH dagegen auf die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage ab (BGH NJW 1994, 515, 516). Mit der Schuldrechtsmodernisierung sollte der Fall im Rahmen des § 275 Abs. 2 BGB gelöst werden.

Ein anschauliches Beispiel für diese Problematik stellt der vom BGH 1994 entschiedene Fall „Porsche 959“ dar (BGH NJW 1994, 515 f.), dem folgender, für die Zwecke der Vorlesung vereinfachter, Sachverhalt zugrunde lag:

Der als Wiederverkäufer von Kraftfahrzeugen tätige A steht seit längerer Zeit in Geschäftsbeziehungen zu dem Porsche-Vertragshändler B. Als B von der Porsche AG erfährt, es sei beabsichtigt, nach entsprechender Entwicklungsdauer ein mit einer Vielzahl technischer Neuerungen ausgestattetes Porsche-Modell als Serienmodell in begrenzter Stückzahl auf den Markt zu bringen, unterrichtet er unter anderem den A hiervon. Schließlich kommt es zum Vertragsschluss zwischen A und B über einen Porsche neuen Typs zu dem „am Tage der Lieferung gültigen Listenpreis nach Liefermöglichkeit der Porsche AG“.

Nach dem Abschluss des Kaufvertrages zwischen A und B entscheidet sich die Porsche AG kurzfristig, den Verkauf des als „Porsche 959“ bezeichneten Modells, von dem nur 200 Fahrzeuge hergestellt worden sind, nicht über ihr Händlernetz, sondern unter eigener Auswahl der Interessenten direkt ab Werk durchzuführen. Daraufhin teilt B dem A mit, dass er den Kaufvertrag aus diesem Grunde nicht erfüllen könne und dass dem A keine Ansprüche gegen ihn zustehen, da er das Verhalten der Porsche-AG nicht zu vertreten habe. A ist demgegenüber der Ansicht, dass er einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen B habe und klagt daher gegen ihn auf Zahlung.

Als Anspruchsgrundlage für das Begehren des A kommt § 281 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB in Betracht.

Ein wirksamer Kaufvertrag liegt vor. Den kann man auch über Güter schließen, die erst noch hergestellt werden müssen. Allerdings könnte der Anspruch von vorneherein deshalb ausgeschlossen sein, weil A und B in ihrem Kaufvertrag die Haftung des B für nachträglich auftretende Lieferschwierigkeiten ausgeschlossen

haben. Dies könnte man ebenfalls aus dem Passus „nach Lieferungsmöglichkeit der Porsche AG“ herzuleiten versuchen. Einer solchen Auslegung, nach der diese Klausel auch den Fall der Verwirklichung des Beschaffungsrisikos erfasst, steht jedoch, wie der BGH mit Recht betont, sowohl der Wortlaut wie auch der Sinn der Vertragsbestimmung entgegen, die dem B zwar das allein in der Sphäre der Porsche AG liegende Produktionsrisiko, nicht aber das Beschaffungsrisiko abnehmen soll.

Schließlich könnte der B jedoch wegen § 275 Abs. 1 BGB von seiner Primärleistungspflicht und wegen § 280 Abs. 1 Satz 2 von der sekundären Schadensersatzpflicht befreit worden sein.

Allerdings ist anerkannt, dass die Haftung des Schuldners für Gattungsschulden dann entfallen kann, wenn infolge nicht vorhersehbarer Umstände so erhebliche Leistungshindernisse entstanden sind, dass dem Schuldner die Beschaffung nicht mehr zugemutet werden kann. Der BGH leitet dieses Ergebnis aus der Anwendung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage her (BGH NJW 1994, 515, 516). Demnach ist zu fragen, ob die Entscheidung der Porsche AG, B nicht zu beliefern, dazu führt, dass man B die Beschaffung eines Porsche 959 zur Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen nicht mehr zumuten kann. Dafür spricht in der Tat, dass B das Verhalten der Porsche AG nicht vorhersehen konnte und dass er als in die Absatzorganisation der Porsche AG eingebundener Händler nach dem Willen der Parteien kein hohes, besonders vergütetes Beschaffungsrisiko übernommen hat.

Andererseits hat B jedoch die Entscheidung der Porsche AG widerspruchslos hingenommen und dem A gegenüber als unabänderlich dargestellt, obgleich wie der BGH es formuliert „nach der Lebenserfahrung davon auszugehen ist, dass“ - bei entsprechenden Bemühungen des B - „die Porsche AG als höchst zuverlässiger Vertragspartner auf B und die von ihm eingegangenen Verpflichtungen Rücksicht genommen hätte, ganz abgesehen davon, dass die Porsche AG möglicherweise auf Grund des Direkthändlervertrages mit B zu entsprechender Rücksichtnahme verpflichtet gewesen wäre“. Es war aber für B als in die Absatzorganisation eingebundener Händler jedenfalls nicht von vorneherein aussichtslos und unzumutbar, auf die Porsche AG einzuwirken und etwa durch Androhung von im Hinblick auf das Verhalten der Porsche AG durchaus nahe liegenden Regressansprüchen zu versuchen, einen Porsche 959 zu beschaffen (so auch der BGH, in: NJW 1994, 515, 516). Daher ist die Verpflichtung des B nicht nach § 275 Abs. 1 BGB bzw. nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage entfallen. Die übrigen Voraussetzungen des § 281 BGB sind im Hinblick auf die endgültige und beharrliche Leistungsverweigerung des B gegeben.

#### 4. Konsequenzen der leistungsbefreienden Unmöglichkeit für den gegenseitigen Vertrag

Wird die Leistung dem Schuldner unmöglich, dann wird er sich natürlich in erster Linie fragen, ob die Unmöglichkeit ihn von seiner Primärleistungspflicht entbindet und ob ihn sekundäre Leistungspflichten treffen. Selbst wenn er aber im Falle unverschuldeter Unmöglichkeit seine Haftung erfolgreich „abwehren“ kann, wird er sich bei gegenseitigen Verträgen häufig in einem zweiten Schritt fragen, was nun aus seiner Forderung (z.B. dem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises aus § 433 Abs. 2 BGB) gegen den Gläubiger wird.

Dies hängt nach der Regelung des § 326 BGB grundsätzlich davon ab, ob der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten hat oder nicht. Hat der Gläubiger die Unmöglichkeit ausnahmsweise einmal zu vertreten, dann behält der Schuldner gemäß § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung, auf den er sich nach § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB die durch den Wegfall seiner Leistungspflicht entstehenden Vorteile anrechnen lassen muss. Hat der Gläubiger dagegen die Unmöglichkeit ebenso wenig wie der Schuldner zu vertreten, dann verliert der Schuldner natürlich gemäß § 326 Abs. 1 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung. § 326 Abs. 1 BGB ist damit Ausdruck der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung beim zweiseitig verpflichtenden Vertrag: Haben weder (gemeint ist der Sachleistungs-)Schuldner noch Gläubiger die Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Schuldner zu vertreten, dann verlieren beide ihre Ansprüche.

Das Erlöschen der beiderseitigen Leistungspflichten nach §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB führt jedoch nicht in jedem Falle auch zur Aufhebung des Schuldverhältnisses im weiteren Sinne. So kann der (Sachleistungs-)Gläubiger trotz des Untergangs seines Anspruchs nach § 275 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Herausgabe oder Abtretung des so genannten „stellvertretenden commodums“ gemäß § 285 Abs. 1 BGB haben. § 285 Abs. 1 BGB gibt dem Gläubiger, der seinen Anspruch wegen Unmöglichkeit verloren hat, einen Anspruch auf Herausgabe oder Abtretung dessen, was der Schuldner als Ersatz für den geschuldeten Gegenstand erlangt hat. Damit handelt es sich bei § 285 BGB dogmatisch betrachtet um einen Fall schuldrechtlicher Surrogation. Typische Beispiele für solche Surrogate sind etwa Schadensersatzansprüche oder Ansprüche auf Versicherungsleistungen, die dem Schuldner wegen des Untergangs des Leistungsgegenstandes zustehen. Verlangt der Gläubiger nun gemäß § 285 Abs. 1 BGB das stellvertretende commodum, so tritt dieses an die Stelle des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes, so dass der Gläubiger auch weiterhin zur Gegenleistung verpflichtet

bleibt (§ 326 Abs. 3 Satz 1 BGB). Diese wird allerdings nach § 326 Abs. 3 Satz 2 BGB nach Maßgabe des § 441 Abs. 3 BGB in dem Verhältnis gemindert, in dem das Surrogat hinter dem Wert der ursprünglich geschuldeten Leistung zurückbleibt.

Andererseits kann es auch vorkommen, dass der Gläubiger bereits vor dem Eintritt der Unmöglichkeit an den Schuldner geleistet hat. Ist dies geschehen, dann kann der Gläubiger das Geleistete nach § 326 Abs. 4 BGB nach den Rücktrittsregeln der §§ 346 bis 348 BGB wieder zurückverlangen.

Zusammenfassend kann man § 326 Abs. 1 BGB entnehmen, dass der (Sachleistungs-)Schuldner grundsätzlich während des gesamten Erfüllungszeitraumes die Gegenleistungsgefahr trägt. Das BGB hält sich jedoch nicht streng an diesen Grundsatz und hat daher in einigen Fällen zum Schutze des Schuldners einen vorzeitigen Gefahrübergang angeordnet. Dabei handelt es sich um § 326 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB, wonach der Gläubiger, sobald er in Annahmeverzug ist, die Gegenleistungsgefahr trägt, sowie um die §§ 446, 447 BGB im Kaufrecht und die §§ 644, 645 BGB im Werkvertragsrecht.

## **5. Übergang der Preisgefahr (Gegenleistungsgefahr)**

Grundsätzlich trägt gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB der Verkäufer die Preisgefahr solange, bis er erfüllt hat. Die Erfüllung ist das natürliche Ende des Unmöglichkeitensrechts und damit auch der Gefahrtragungsvorschriften. In einigen Fällen lässt das Gesetz die Preisgefahr jedoch schon früher auf den Käufer übergehen. Übergang der Preisgefahr meint, dass der Verkäufer trotz (zufälligen) Untergangs seiner Leistung den Anspruch auf die Gegenleistung in Form des Kaufpreises behält, oder aus der Sicht des Käufers, dass dieser nunmehr die Gefahr trägt, den Kaufpreis entrichten zu müssen, obgleich er die Kaufsache nicht erhalten hat und auch nichts verlangen kann, weil der Verkäufer von seinen Verpflichtungen frei geworden ist. Mit dem Übergang der Preisgefahr trifft der wirtschaftliche Verlust nunmehr den Käufer, denn er muss zahlen, ohne etwas dafür zu erhalten (Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, § 42 II, S. 96).

### *a. § 446 BGB: Gefahrübergang im Zeitpunkt der Übergabe*

Gemäß § 446 S. 1 BGB geht mit der Übergabe der verkauften Sache die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Der Sinn dieser Vorschrift erhellt sich im Zusammenspiel mit S. 2, denn mit der Übergabe gebühren ja auch die Nutzungen der Sache dem Käufer. Damit ist der wirtschaftliche Erfolg des Kaufvertrags für ihn im Wesentlichen eingetreten. Er ist

nunmehr „näher dran“, den wirtschaftlichen Verlust zu tragen, wenn die Sache durch Zufall untergeht, zudem sich die Sache nach erfolgter Übergabe im räumlichen Macht- und Kontrollbereich des Käufers befindet.

§ 446 BGB betrifft nur die Fälle der Übergabe des Kaufgegenstandes vor der Übereignung. Denn nach vollständiger Übereignung hat der Verkäufer seine Leistungspflichten aus § 433 Abs. 1 BGB erfüllt, so dass sich die Frage nach Unmöglichkeit und Gefahrtragung gar nicht mehr stellen kann. Was nach vollständiger Erfüllung mit der Sache passiert, tangiert den Verkäufer nicht mehr, der Kaufpreisanspruch kann ihm nicht mehr genommen werden. Denn dann gilt der Grundsatz, dass jeder Eigentümer die Gefahr des zufälligen Untergangs ihm gehörender Sachen zu tragen hat, *casum sentit dominus*. Hauptanwendungsfall des § 446 BGB ist der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt (vgl. den Beispielsfall bei Schmidt/Brüggemeier, Grundkurs Zivilrecht, Rdnr. 498).

#### *b. § 447 BGB: Gefahrübergang beim Versendungskauf*

Der Anwendungsbereich der Fallgruppe des Gefahrübergangs beim Versendungskauf gemäß § 447 BGB ist durch die Schuldrechtsreform erheblich beschränkt worden. Gemäß § 474 Abs. 2 BGB findet § 447 BGB auf den in § 474 Abs. 1 legal definierten Verbrauchsgüterkauf keine Anwendung. Dieser Ausschluss stützt sich in erster Linie auf die Erwägung, dass das Risiko des zufälligen Untergangs der verschickten Ware von derjenigen Vertragspartei getragen werden soll, die eher als die andere imstande ist, dieses Risiko zu minimieren und Vorsorge gegen die Schadensfolgen zu treffen (Handkommentar zum BGB, Sängers, § 474 Rdnr. 6). Auf Grund des § 474 Abs. 2 BGB findet der Gefahrübergang nach § 447 BGB nur bei Kaufverträgen statt, an denen entweder sowohl auf Käufer- wie auf Verkäuferseite kein Verbraucher beteiligt ist, oder lediglich auf der Verkäuferseite, nicht aber auf der Käuferseite ein Verbraucher steht.

Ein Versendungskauf liegt vor, wenn der Verkäufer die Kaufsache auf Wunsch des Käufers nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort versendet. Der Begriff des Erfüllungsortes iSd § 447 BGB ist identisch mit dem des Leistungsortes, also dem Ort, an dem der Schuldner seine Leistungshandlung vorzunehmen hat. Dieser Ort ist im Zweifel der Ort, an dem der Schuldner seinen Wohnsitz oder gewerbliche Niederlassung hat, § 269 Abs. 1 BGB. Daran ändert in der Regel auch die Tatsache nichts, dass er die Mühen und Kosten der Versendung übernimmt, § 269 Abs. 3 BGB. Nur dann, wenn der Verkäufer eine Bringschuld übernommen hat, ist der Leistungsort auch der Wohnsitz bzw. die Niederlassung des Käufers. In diesem Fall findet § 447 BGB keine Anwendung. § 447 BGB erfasst also den Fall der Schickschuld (Schmidt/Brüggemeier, Grundkurs Zivilrecht, Rdnr. 502).

§ 447 BGB lässt die Gefahr bereits in dem Moment übergehen, in dem der Verkäufer die Sache dem Spediteur, Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person übergibt. Der Käufer hat also die Preisgefahr zu tragen, bevor er in Besitz der Sache gelangt. Den Zweck dieser Vorschrift sieht die herrschende Meinung darin, dass der Käufer, auf dessen Verlangen die gekaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Leistungsort versandt wird, das dadurch erhöhte Risiko ordnungsgemäßer Erfüllung tragen soll, insbesondere das für Transportschäden und Verluste (Palandt/Weidenkaff, § 447, Rdnr. 2). Geht die Sache also auf den Transport verloren und wird infolgedessen dem Verkäufer die Erfüllung seiner Leistungspflicht unmöglich, behält er abweichend von § 326 Abs. 1 S. 1 BGB seinen Anspruch auf den Kaufpreis. Anders, wenn der Verkäufer bei der ihm als vertragliche Nebenpflicht obliegenden Vorbereitung der Versendung, insbesondere Auswahl des Spediteurs und Verpackung der Ware, die vertragsmäßige Sorgfalt nicht beachtet. Verstößt er gegen diese Pflichten schuldhaft und folgt daraus der Untergang oder die Verschlechterung der Sache, tritt der Gefahrübergang nicht ein, weil es an der Voraussetzung der zufälligen Verschlechterung oder des zufälligen Untergangs fehlt. Zudem haftet der Verkäufer aus § 280 Abs. 1 BGB (Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, § 42 II c = S. 101). Für ein Verschulden des Beförderers haftet der Verkäufer dagegen nicht, da es sich beim Transport gerade nicht um eine Leistungspflicht des Verkäufers handelt, ihm das Fehlverhalten des Transportpersonals also nicht gemäß § 278 BGB zugerechnet werden kann (Schmidt/Brüggemeier, Grundkurs Zivilrecht, Rdnr. 504). Nach herrschender Meinung bezieht sich § 447 BGB nur auf die Transportgefahr, also Schäden, die ursächlich mit dem Transport zusammenhängen (zB Palandt/Weidenkaff, § 447, Rdnr. 15; aA mit beachtlichen Argumenten: Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, § 42 II c). Das häufigste Transportrisiko stellt es dar, wenn die Kaufsache bei einem fahrlässig durch das Transportpersonal verursachten Unfall zerstört oder beschädigt wird.

Nach herrschender Meinung kommt § 447 BGB auch zur Anwendung, wenn sich der Verkäufer für den Transport eigene Leute einsetzt. In einem solchen Fall ist aber zunächst zu prüfen, ob keine Bringschuld vorliegt. Liegt eine Bringschuld vor, dann handelt es sich um keinen Versendungskauf. Das ist etwa der Fall beim Möbelkauf oder beim Kauf einer Waschmaschine, wenn der Verkäufer auch die Montage übernimmt. Liegt eine Schickschuld vor und haben die den Transport durchführenden Leute des Verkäufers die Verschlechterung oder Beschädigung nicht verschuldet, trifft den Käufer gemäß § 447 BGB die Preisgefahr. Dagegen haftet der Verkäufer gemäß § 278 BGB für das schuldhafte Verhalten seiner Leute. Denn hat der Verkäufer die Zustellung freiwillig übernommen, so ist er wie ein Beauftragter (§ 662 BGB) zur sorgfältigen Ausführung verpflichtet. Das ergibt sich

aus der allgemeinen Pflicht, bei allen mit der Vertragserfüllung zusammenhängenden Tätigkeiten das Interesse des Vertragspartners zu beachten, insbesondere ihn nicht zu schädigen, §§ 242, 241 Abs. 2 BGB (Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, § 42 II c; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 479; aA: Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rdnr. 38).

*c. § 326 Abs. 2 S. 1 BGB: Gefahrübergang bei Gläubigerverzug*

Allgemein geht die Preisgefahr auf den Käufer nach § 326 Abs. 2 S. 1 BGB über, wenn er durch Nichtabnahme der ihm richtig angebotenen Leistung oder durch Unterlassen seiner Mitwirkung gemäß den §§ 293 ff. BGB in Annahme- oder Gläubigerverzug gerät. § 326 Abs. 2 S. 1 BGB bestimmt in Verbindung mit Abs. 1, dass der Schuldner - hier: der Verkäufer - seinen Anspruch auf die Gegenleistung behält, wenn seine Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich wird zu einer Zeit, in welcher der Gläubiger in Annahmeverzug ist. Zu beachten ist, dass der Verkäufer während des Gläubigerverzuges nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat, § 300 Abs. 1 BGB.

---

## *VI. Zweckfortfall und Wegfall der Geschäftsgrundlage*

### **1. Entwicklung**

Die Frage nach der Bedeutung der (unausgesprochenen oder auch ausgesprochenen) Vorstellungen des Erklärenden beim Vertragsschluss beschäftigt schon seit Jahrhunderten die Rechtswissenschaft. Der Grundsatz „pacta sunt servanda“ verbietet eine generelle Berücksichtigung des Motivirrtums, da auch die Interessen des Erklärungsempfängers in Rechnung gestellt werden müssen.

Das römische und gemeine Recht kennen ebenso wenig wie das BGB bis zum 31.12.2001 ein Rechtsinstitut des „Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage“. Der Irrende kann sich nur in besonders geregelten Fällen auf einen Motivirrtum beim Vertrag berufen.



Im Mittelalter wurde von scholastischen Moralphilosophen ein selbständiges Rechtsinstitut entwickelt, welches über das kanonische Recht im 15. Jahrhundert in das weltliche Recht gelangte. Es war die Lehre von der „*clausula rebus sic stantibus*“. Mit ihr ging man davon aus, dass bei jedem Rechtsgeschäft der hypothetische Wille der Parteien entscheidend sei, dass also Geschäfte unwirksam seien, wenn die Dinge sich wider Erwarten so entwickelten, dass die Parteien das Geschäft nicht vorgenommen haben würden. Diese Lehre war freilich nicht unumstritten. Jeder Motivirrtum könnte letztlich zur Auflösung eines Vertrages führen, womit die Sicherheit des Vertragsrechts aufgehoben wäre. Der Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ hätte jegliche Bedeutung verloren. Die Pandektisten haben diese Lehre stets verworfen, weil sie im römischen Recht keine Stütze finde. Gegen Ende des 18. Jahrhunderts führte die Besinnung auf den Wert der Vertragstreue dazu, dass die Lehre von der „*clausula rebus sic stantibus*“ überwiegend abgelehnt wurde.

Windscheid brachte Mitte des 19. Jahrhunderts das Problem als „Lehre von der Voraussetzung“ wieder zur Diskussion. Nach seiner Auffassung sind Motivirrtümer unbeachtlich, aber zwischen Motiv und Bedingung liege die Voraussetzung, die nicht vereinbart sein müsse. Zur Einbeziehung genüge die einseitige Erhebung zur Voraussetzung. Auch Windscheids Lehre hat sich letztlich nicht durchgesetzt. Zum einen mangelt es ihr an einer eindeutigen Abgrenzung zwischen Motiv und Voraussetzung, zum anderen berücksichtigt diese Lehre die Interessen des Vertragspartners nicht und untergräbt auf diese Weise wiederum das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Beständigkeit von Rechtsgeschäften.

Der Begriff der Lehre vom Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage wurde 1921 von Oertmann geprägt. Seiner Ansicht nach unterscheidet sich die Geschäftsgrundlage vom Motiv darin, dass der Erklärungsempfänger erkennen muss, dass der Erklärende etwas zur Geschäftsgrundlage macht, und dass er dies nicht beanstandet.

## **2. Begriff der Geschäftsgrundlage**

Das BGB hatte die Problematik nicht allgemein, sondern lediglich in speziellen Fallgestaltungen geregelt, z.B. in §§ 779, 610, 775 BGB. Trotzdem hat das Reichsgericht die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage von Oertmann übernommen, insbesondere, um nach dem 1. Weltkrieg die Folgen der Inflation und Not abzufedern. Nach dem 2. Weltkrieg ist sie in die ständige Rechtsprechung des BGH eingegangen. Ihren gesetzlichen Anknüpfungspunkt fand sie in dem

Prinzip von Treu und Glauben (§§ 157, 242). Jetzt (seit dem 1.1.2002) gibt es eine positivrechtliche Normierung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB.

Die Geschäftsgrundlage war nach der Definition der Rechtsprechung ein nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobener Umstand,

- der mindestens von einer Partei (erkennbar für die andere Partei) beim Vertragsschluss vorausgesetzt wurde,
- der für diese Partei so wichtig war, dass sie den Vertrag nicht oder zumindest nicht mit dem gleichen Inhalt geschlossen hätte, wenn sie daran gezweifelt hätte,
- auf dessen Berücksichtigung sich auch die andere Partei hätte redlicherweise einlassen müssen, wenn dies vom Vertragspartner verlangt worden wäre.

Die Regeln, die beim Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage eingreifen, sind entwickelt worden, um auf der Ebene des Schuldrechts bei Verträgen mit gegenseitigem Leistungsaustausch die Folgen schwer wiegender Störungen der Vertragsgrundlagen in den Grenzen des Zumutbaren halten zu können (BGH NJW 1993, 850 (850)).

### *a. Große und kleine Geschäftsgrundlage*

Häufig werden zwei Fallgruppen unterschieden, nämlich die große und die kleine Geschäftsgrundlage. Unter der großen Geschäftsgrundlage versteht man die Auswirkungen von Sozialkatastrophen (z.B. Kriegs-, Inflationsfolgen u.ä.), die kleine Geschäftsgrundlage erfasst den Rest. Da die Grenzen zwischen beiden fließend sind, bringt die Unterscheidung im Ergebnis wenig.

### *b. Objektive und subjektive Geschäftsgrundlage*

Während es sich bei der objektiven Geschäftsgrundlage um Umstände handelt, deren Fortbestand die Vertragspartner als völlig gesichert angesehen haben, betrifft die subjektive Geschäftsgrundlage Vorstellungen, von denen sich die Vertragspartner haben leiten lassen. Aber auch hier sind die Übergänge zwischen beiden Arten fließend, so dass man in aller Regel auf diese Unterscheidung verzichtet.

### *c. Anwendbarkeit*

Die Regeln über das Fehlen und den Wegfall der Geschäftsgrundlage sind nur im Falle einer Regelungslücke, wenn also im konkreten Fall keine Spezialregelungen greifen, anwendbar. Die Auslegung und die ergänzende Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB haben Vorrang vor diesem Rechtsinstitut. Kann also eine interessengerechte Lösung durch Auslegung der Willenserklärungen gefunden werden, so besteht kein Bedürfnis mehr für die Anwendung der Lehre von der Geschäftsgrundlage. Als typische Fallgruppen ihrer Anwendung sind zu nennen (nicht abschließend):

- Äquivalenzstörung: Störung des Leistungs-/Gegenleistungsverhältnisses;
- Übermäßige Leistungerschwerung: Die Erbringung der Leistung erscheint zu den Vertragskonditionen unzumutbar;
- Zweckvereitelung;
- Beiderseitiger Motivirrtum.

Nicht bei jeder Störung der Geschäftsgrundlage erscheint es geboten, zu den Rechtsfolgen der Lehre von der Geschäftsgrundlage zu greifen. Der Grundsatz „pacta sunt servanda“ sollte nur durchbrochen werden, wenn sich ein unverändertes Festhalten am Vertrag nach Treu und Glauben für eine Partei als unzumutbar darstellt. Erforderlich ist ein „Sonderopfer“ einer Partei. Unerheblich ist es hingegen, wenn beide Parteien in gleichem Maße nachteilig betroffen sind. Des Weiteren darf es sich nicht um Umstände handeln, die nach der vertraglichen Vereinbarung oder gesetzlichen Regelungen in den Risikobereich einer Person fallen. Diese Person hat das spezielle Risiko zu tragen und kann sich nicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen.

### **3. Rechtsfolgen**

Es ist unerheblich, ob die Geschäftsgrundlage fehlte oder weggefallen ist. Rechtsfolge der Lehre von der Geschäftsgrundlage ist in erster Linie die Anpassung der vertraglichen Vereinbarungen an die neue Situation (§ 313 Abs. 1 BGB). Führt diese Anpassung nicht zu einer interessengerechten Lösung, so hat der Benachteiligte das Recht zum Rücktritt von dem Vertrag (§ 313 Abs. 3 BGB). Bei Dauerschuldverhältnissen bietet sich eine Kündigungsmöglichkeit an (§ 314 BGB).

#### 4. Abgrenzung zur Unmöglichkeit

##### *a. Zweckfortfall*

Ein Zweckfortfall ist anzunehmen, wenn durch außergewöhnliche Umstände, die nicht auf den Leistungsbereich des Schuldners zurückzuführen sind, insbesondere durch Wegfall der Sache, an der die Leistung vorgenommen wird, der Leistungserfolg verhindert wird.

**Beispiel:** Die Scheune, die zu renovieren war, ist durch einen Brand vollständig zerstört worden.

Nach heute herrschender Meinung ist dies kein Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, sondern ein Fall der Unmöglichkeit, da der geschuldete Leistungserfolg (Leistung im Sinne des § 275 BGB meint den Leistungserfolg, nicht die Leistungshandlung!) endgültig unerreichbar geworden ist. Der von der Leistungspflicht freigewordene Schuldner behält gemäß § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB seinen Vergütungsanspruch, wenn der Gläubiger den Zweckfortfall zu vertreten hat. Beruht der Zweckfortfall auf höherer Gewalt, so bleibt dem Schuldner ein Anspruch auf eine Teilvergütung. Rechtsgrundlage hierfür ist der allgemeine Rechtsgedanke des § 645 BGB, dass Leistungsstörungen, die auf dem Wegfall des Leistungssubstrats oder fehlender Mitwirkung des Gläubigers beruhen, zur Sphäre des Gläubigers gehören und ihn daher zu einer Teilvergütung verpflichten.

##### *b. Zweckerreichung*

Der Fall der Zweckerreichung liegt vor, wenn der konkret geschuldete Leistungserfolg auf andere Weise als gerade durch die Handlung des Schuldners eintritt.

**Beispiel:** Bevor der zu Hilfe gerufene KFZ-Mechaniker eintrifft, funktioniert das Auto wieder.

Auch hier liegt nach allgemeiner Auffassung ein Fall der Unmöglichkeit vor, weil der geschuldete Leistungserfolg nicht mehr herbeigeführt werden kann. Wie im Fall des Zweckfortfalls hat der Schuldner auch im Falle einer Zweckerreichung zumindest einen Anspruch auf Teilvergütung in entsprechender Anwendung des § 645 BGB.

*c. Zweckstörung*

Eine Zweckstörung liegt vor, wenn der Schuldner die Leistung zwar erbringen, der Gläubiger sie aber nicht zweckentsprechend verwenden kann.

**Beispiel:** M mietet bei V für 40 € einen Fensterplatz zur Besichtigung eines Festzuges. Der Festzug fällt jedoch aus.

Im Ergebnis besteht Einigkeit darüber, dass M den Mietzins nicht zu zahlen braucht. Die Wege dorthin unterscheiden sich jedoch.

Die wohl überwiegende Meinung geht auch hier von einer Unmöglichkeit aus, weil der Verwendungszweck eine derartige Bedeutung hat, dass der Verkehrswert (hier der Mietwert der Sache) gerade auf der Zweckeignung beruht. Die Unmöglichkeit der Zweckerreichung bedeutet daher Unmöglichkeit der Leistung.

Die Gegenansicht kommt zum selben Ergebnis mit den Regeln vom Wegfall der Geschäftsgrundlage. Sie nimmt keine Unmöglichkeit der Leistung an, weil die Zweckerreichung eher mit der Gegenleistung (hier also der Zahlung des Mietpreises) in Verbindung stehe.

Eine dritte Ansicht nimmt im konkreten Fensterplatzmiete-Fall einen Sachmangel im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB an. Das Ergebnis ist wiederum dasselbe, jedoch ist zu berücksichtigen, dass Beziehungen der Sache zu ihrer Umwelt nur dann einen Fehler der Sache selbst begründen können, wenn die Beziehungen in der Beschaffenheit der Sache selbst ihren Grund haben. Dies ist bei dem ausgefallenen Festzug sicherlich nicht der Fall.

---

*VII. Rechtsgeschäftliche Vertragsbeendigung*

Bisher wurde gezeigt, dass ein Schuldverhältnis durch gesetzliche Beendigungsgründe wie die Erfüllung, Erfüllungssurrogate oder nachträgliche Unmöglichkeit beendet werden kann. Daneben ist auch möglich, das Schuldverhältnis (im engeren, nur auf die Leistungspflicht bezogenen, wie im weiteren Sinne) rechtsgeschäftlich zu beenden. Dies kann sowohl im Konsens der Parteien als auch durch Ausübung einseitiger Gestaltungsrechte, insbesondere Rücktritt und Kündigung, geschehen.

## 1. Die einverständliche Vertragsbeendigung

### *a. Der Erlass und das negative Anerkenntnis (§ 397 BGB)*

Der Erlass ist ein Verzicht auf die Forderung. § 397 Abs. 1 BGB betrifft trotz seines missverständlichen Wortlauts nur das Schuldverhältnis im engeren Sinne (also die einzelne Forderung) und unterscheidet sich dadurch vom Aufhebungsvertrag (*contrarius contractus*), der das Schuldverhältnis im weiteren Sinne erlöschen lässt.

Der Erlass ist ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner mit der Rechtsfolge, dass die Forderung erlischt. Auffallend ist, dass das Gesetz zum wirksamen Verzicht auf die Forderung einen Vertrag verlangt, genügt doch sonst im Allgemeinen zum Verzicht auf ein Recht ein einseitiges Rechtsgeschäft, z.B. § 875 BGB. Grund ist die Achtung vor der Persönlichkeit des Schuldners, auf dessen Willen Rücksicht genommen werden soll, kann ihm doch ein Erlass unangenehm sein. Im Übrigen fügt sich diese Regelung in den Grundsatz, dass niemand sich etwas schenken lassen muss, und der Erlass einer Schuld kommt einer Schenkung gleich. Das Vermögen des Schuldners wird beide Male vermehrt. Eine einseitige Verzichtserklärung des Gläubigers ist wegen des eindeutigen Wortlauts des § 397 Abs. 1 BGB nicht ausreichend und kann allenfalls als Offerte gedeutet werden, die vom Schuldner angenommen werden muss. Man wird jedenfalls im Schweigen des Schuldners in der Regel die Annahme des Antrags finden dürfen; die Annahmeerklärung wird grundsätzlich gemäß § 151 BGB nicht empfangsbedürftig sein.

Ob ein Verzicht auf künftige Forderungen möglich ist, ist umstritten, wird aber von BGHZ 40, 326 (330) bejaht, wofür immerhin spricht, dass auch die Abtretung künftiger Forderungen heute allgemein anerkannt ist. Allerdings bestehen rechtspolitische Bedenken, insbesondere wenn es sich um Versorgungsansprüche handelt. Dem trägt das Gesetz Rechnung, wenn es den Verzicht auf den gesetzlichen Unterhalt für die Zukunft für unwirksam erklärt (§§ 1614; 1360a Abs. 3 BGB). Darüber hinausgehend wird gefordert, in Analogie zu § 400 BGB dem Erlass künftiger Forderungen dann die Wirksamkeit zu versagen, wenn sie unpfändbar sind.

Die gleiche Wirkung wie durch einen Erlassvertrag kann durch ein sog. negatives Anerkenntnis erzielt werden, d.h. durch einen Vertrag, mit dem der Gläubiger anerkennt, dass die Schuld nicht besteht, § 397 Abs. 2 BGB. Im Gegensatz zum

positiven Anerkenntnis, das eine Verpflichtung selbständig begründet (§ 781 BGB), ist das negative Anerkenntnis formlos wirksam.

Der Erlass und das negative Anerkenntnis stellen auf Seiten des Gläubigers eine Verfügung über seine Forderung dar. Beide sind wie alle Verfügungsgeschäfte abstrakt, d.h. die Gültigkeit des Erlassvertrags ist unabhängig davon, ob ihr Rechtsgrund (Kausalgeschäft), der außerhalb des Erlassvertrags bleibt, wirksam ist. Rechtsgrund wird häufig eine Schenkung sein, die gleichzeitig durch den Erlass vollzogen nicht der Form des § 518 BGB bedarf; möglicher Rechtsgrund kann auch ein Vergleich sein, § 779 BGB. Fehlt ein wirksames Grundverhältnis, bleibt der Erlass wegen des Abstraktionsprinzips zunächst wirksam, kann aber als rechtsgrundlose Leistung gemäß § 812 Abs. 1 BGB herausverlangt werden. Dabei erfolgt die Herausgabe durch Neubegründung. § 812 Abs. 2 BGB stellt klar, dass auch das negative Anerkenntnis eine Leistung darstellt, die kondiziert werden kann. Häufig wird der Erlass Bestandteil einer umfassenderen, das Schuldverhältnis im Ganzen betreffenden Regelung sein, etwa eines Vergleichs oder eines Abänderungsvertrags. Die herrschende Meinung hält den Erlass auch in diesen Fällen für abstrakt; er bleibt wirksam, auch wenn die Regelung im Übrigen unwirksam ist (a.A. für einen kausalen Erlass in diesen Fällen: Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, § 19 I a, S. 269: Der Erlass sei dann in seiner Wirksamkeit ohne Weiteres von der Wirksamkeit der umfassenderen Regelung abhängig, deren Teil er ja bildete; eine Rückforderung über § 812 BGB sei dann nicht notwendig).

Vom Erlassvertrag zu unterscheiden ist das Versprechen des Gläubigers gegenüber dem Schuldner, die Forderung nicht geltend zu machen (*pactum de non petendo*). Der Schuldner wird nicht befreit, sondern erhält lediglich die Möglichkeit, der Geltendmachung der Forderung im Wege der Einrede zu widersprechen. Die Schuld bleibt erfüllbar, die Forderung ist aber nicht mehr durchsetzbar.

### *b. Der Aufhebungsvertrag*

Die Parteien können das gesamte Schuldverhältnis, obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich ausspricht, durch vertragliche Abrede aufheben (*contrarius consensus*). Dies folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, § 311 BGB. Der Aufhebungsvertrag unterscheidet sich vom Erlassvertrag dadurch, dass er nicht die einzelne Forderung, sondern das gesamte Schuldverhältnis als Organismus betrifft. Dabei haben die Vertragsparteien die Möglichkeit, Wirkungen nur für die Zukunft zu schaffen oder aber der Aufhebung auch Rückwirkungen zu geben und sich gegenseitig so zu stellen, als wäre der abgeschlossene Vertrag niemals abgeschlossen worden. Es kommt jeweils auf den durch Auslegung zu

ermittelnden Vertragsinhalt an, ob die Aufhebung ex tunc oder ex nunc wirken soll, § 157 BGB. Handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis, mit dessen Ausführung bereits begonnen wurde, wird in der Regel nur eine Beendigung für die Zukunft gewollt sein. Die bereits entstandenen Rechte und Pflichten bleiben unberührt, es sollen nur keine neuen Leistungspflichten mehr entstehen. Dagegen wird die Aufhebung eines auf einmalige Leistung gerichteten Vertrags oder eines Dauerschuldverhältnisses, mit dessen Ausführung noch nicht begonnen wurde, den Sinn haben, dass die Parteien den Vertrag als nicht geschlossen angesehen wissen wollen, d.h. allen (auch den bereits entstandenen) Rechten und Pflichten aus diesem Vertrag soll die Grundlage entzogen sein (BGH, NJW 1978, 2198). Sind bei einer Aufhebung ex tunc Leistungen zurückzugewähren, so sind im Zweifel die Rücktrittsvorschriften der §§ 346 ff. BGB und nicht die §§ 812 ff. BGB anzuwenden, soweit sich aus der Vereinbarung nicht etwas anderes ergibt.

Ist die Aufhebung eines Schuldverhältnisses verbunden mit der Begründung eines neuen Schuldverhältnisses, das an seine Stelle treten soll, so spricht man von Novation (Schuldersetzung). Das alte Schuldverhältnis erlischt und wird durch ein Neues ersetzt. Sicherheiten, die für Forderungen aus dem alten Schuldverhältnis bestellt wurden, erlöschen, dagegen bleiben diese bei Schuldänderungsverträgen bestehen. Wegen der weit reichenden Folgen ist im Zweifel anzunehmen, dass keine Novation, sondern lediglich ein Änderungsvertrag gewollt ist.

## **2. Der Rücktritt (§§ 346 ff. BGB)**

Die einseitige Aufhebung eines Schuldverhältnisses, zumeist aber nur seine Umwandlung in ein Rückgewährschuldverhältnis für den Fall, dass bereits Leistungen ausgetauscht wurden, bezeichnet das Gesetz als Rücktritt, §§ 346 ff. BGB. Der Rücktritt setzt ebenso wie die Kündigung ein entsprechendes Recht - ein sog. Gestaltungsrecht - voraus und erfolgt durch einseitige Erklärung gegenüber dem anderen Teil, § 349 BGB.

### *a. Rücktrittsgründe*

Das Rücktrittsrecht kann auf dem Vertrag selbst beruhen und gründet dann in dem unmittelbaren Willen der Vertragsparteien. Es kann aber auch auf gesetzlicher Anordnung beruhen. Solche gesetzlichen Rücktrittsrechte finden sich vor allem im Zusammenhang mit Leistungsstörungen, z.B. §§ 323 Abs. 1, 324, 326 Abs. 5, 437 Nr. 2, 634 Nr. 3 BGB. In das Rücktrittsrecht führen auch der Widerruf und die Rückgabe der Sache bei bestimmten Verbrauchergeschäften (§ 357 Abs. 1 BGB).



Ein vertraglicher Rücktrittsvorbehalt kann auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen. Dabei ist § 308 Nr. 3 BGB zu beachten, wonach die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen, unwirksam ist. Ergänzend verlangt BGHZ 99, 182: Ein in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltener Rücktrittsvorbehalt kann nicht wirksam auf Gründe erstreckt werden, deren Vorliegen der Klauselverwender bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt schon vor Vertragsschluss hätte erkennen können. Auch im kaufmännischen Verkehr setzt § 307 BGB dem freien Belieben des Klauselverwenders Grenzen.

Der Rücktritt bedarf einer ihn aussprechenden einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung, § 349 BGB. Da es sich um ein Gestaltungsrecht handelt, ist die Erklärung bedingungsfeindlich.

### *b. Rücktrittsfolgen*

Der wirksame Rücktritt hat folgende Wirkungen (siehe dazu Georg Annus, Die Folgen des Rücktritts (§§ 346 ff BGB), JA 2006, 184): Durch den Rücktritt wird der Vertrag in ein Abwicklungsverhältnis umgestaltet. Er hebt die im Vertrag begründeten primären Leistungspflichten auf, soweit sie noch nicht erfüllt oder auf andere Weise erloschen sind (Befreiungswirkung). Zudem begründet er eine Pflicht zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen und der gezogenen Nutzungen (§ 346 Abs. 1 BGB), und zwar für beide Teile, das sog. Rückgewährschuldverhältnis. Der Rücktritt wirkt nur schuldrechtlich, nicht dinglich. Übertragenes Eigentum fällt danach nicht automatisch zurück, sondern das Gesetz gewährt einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückübertragung.

Die früher herrschende Meinung, die im Rücktritt einen Erlöschenstatbestand für das Schuldverhältnis als ein Ganzes und im Abwicklungsverhältnis ein modifiziertes Bereicherungsverhältnis sah, ist überholt. Durch den Rücktritt erlöschen zwar die beiderseitigen primären Erfüllungsansprüche. Der Rücktritt hebt den Vertrag aber nicht als Ganzes auf, sondern verändert seinen Inhalt. Das durch ihn entstandene Abwicklungsverhältnis ist kein gesetzliches Schuldverhältnis, sondern das durch einseitige Gestaltungserklärung umgestaltete ursprüngliche Vertragsverhältnis. Es bleiben daher auch Schadensersatzansprüche erhalten, wie § 325 BGB seit dem 1.1.2002 verdeutlicht: Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen. Für den Verzögerungsschaden galt das nach Auffassung des Bundesgerichtshofs auch schon im früheren Recht (BGHZ 88, 46).

*i. Rückgewähr in Natur*

An der Spitze der Rechtsfolgen des Rückgewährschuldverhältnisses steht die Rückgewähr der empfangenen Leistungen und der gezogenen Nutzungen in Natur. Ist wie bei geleisteten Diensten oder der Benutzung einer mietweise überlassenen Sache eine Rückgewähr in Natur von Natur aus nicht möglich, dann ist der Wert zu ersetzen (§ 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

*ii. Wertersatz*

Wertersatz wird auch geschuldet, wenn der empfangene Gegenstand verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet worden ist (§ 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB) und wenn der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist (Nr. 3). Die in Nrn. 2 und 3 genannten Gründe sind systematisch anders gelagert als der in Nr. 1 genannte Grund. Bei Nr. 1 ist das Empfangene von Anfang an kein Gegenstand oder Recht, der oder das einer Rückgewähr fähig wäre. Bei den Nrn. 2 und 3 gab es ursprünglich einen solchen Gegenstand, der indessen verändert wurde, untergegangen ist oder sich verschlechtert hat. Die durch bestimmungsgemäßen Gebrauch entstandene Verschlechterung ist kein Fall des Wertersatzes nach Abs. 2. Vielmehr wird diese Verschlechterung durch den Nutzungsersatzanspruch in Abs. 1 erfasst. Auch der durch die bloße Ingebrauchnahme entstandene Wertverlust bleibt kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB außer Betracht. Der Käufer eines Autos hat mithin nicht dafür einzustehen, dass das Auto allein durch die Anmeldung und ohne jede Abnutzung einen (erheblichen!) Wertverlust erleidet.

Die Regelung zur Verschlechterung und zum Untergang verändert die dem früheren Recht bis zum 1. Januar 2002 zugrunde liegende Gefahrtragung. Im früheren Recht war der Rücktritt bei einem unverschuldeten Untergang der Sache nicht ausgeschlossen. Der Rücktrittsgegner musste die erhaltene Leistung (in der Regel den Kaufpreis) zurückzahlen und hatte seinerseits nichts in der Hand, weil es einen Wertersatzanspruch nicht und einen Schadensersatzanspruch gegen den Rücktretenden wegen des Untergangs der Sache nur gab, wenn dieser den Untergang verschuldet hatte. Damit trug der Rücktrittsgegner die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache beim Rücktretenden. Mit dem Anspruch auf Wertersatz gegen den Rücktretenden ändert sich das. Denn dieser Anspruch besteht unabhängig davon, ob der Wert noch im Vermögen des Rücktretenden vorhanden ist.

Eine im Vertrag bestimmte Gegenleistung ist der Berechnung des Wertersatzes zugrunde zu legen (§ 346 Abs. 3 BGB). Damit wird angeordnet, dass das

Gegenleistungsverhältnis auch bei der Bestimmung des Wertersatzes zu berücksichtigen ist und bei einer mangelhaften Leistung der Wert der Gegenleistung zu mindern ist, damit der Rückgewährschuldner nicht im praktischen Ergebnis um seine Rechte wegen der Mangelhaftigkeit gebracht wird.

Die Verpflichtung zur Leistung von Wertersatz entfällt und das Risiko des Untergangs fällt auf den Gläubiger des Rückgewähranspruchs zurück,

- wenn sich der zum Rücktritt berechtigte Mangel erst während der Verarbeitung oder Umgestaltung des Gegenstandes gezeigt hat (§ 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB),
- soweit der Gläubiger (des Rückgewährs- bzw. Wertersatzanspruchs) die Verschlechterung oder den Untergang zu vertreten hat oder der Schaden bei ihm gleichfalls eingetreten wäre (§ 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2), und schließlich
- wenn im Fall des gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Rücktrittsberechtigten eingetreten ist, obwohl dieser diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3).

Eine noch vorhandene Bereicherung ist aber auf jeden Fall herauszugeben (§ 346 Abs. 3 Satz 2 BGB).

Bemerkenswert ist an der Gesamtregelung, dass nicht der Rücktritt als solcher ausgeschlossen wird (so in weitem Umfang die frühere Regelung), sondern allein noch darüber befunden wird, ob der Beteiligte, der seine Rückgewährschuld nicht oder nicht vollständig erfüllen kann, Wertersatz leisten muss oder nicht. Dabei ist die Privilegierung dessen, der sich auf ein gesetzliches Rücktrittsrecht stützen kann (§ 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB), nach den Vorstellungen des Gesetzgebers dadurch begründet, dass dieses Rücktrittsrecht regelmäßig durch eine Vertragspflichtverletzung des Gegners entsteht. Im Text der Norm kommt diese Vorstellung nicht zum Ausdruck. Er spricht unterschiedslos von gesetzlichen Rücktrittsrechten und erfasst damit auch solche, die nicht durch eine Vertragsverletzung des Gegners ausgelöst sind, wie etwa die Rücktrittsmöglichkeit aus § 313 Abs. 3 BGB. Das wirft die Frage nach einer teleologischen Reduktion des Privilegs auf die Fälle der gesetzlichen Rücktrittsrechte auf, die auf einer Pflichtverletzung des Gegners beruhen. Dafür sprechen in der Tat starke Gründe.

Nach erfolgtem Rücktritt muss der Schuldner Wertersatz für nicht gezogene Nutzungen leisten, soweit die Nutzungen hätten gezogen werden können und nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft auch gezogen werden müssen (§ 347 Abs. 1 BGB). Diese Ersatzpflicht wird zwar erst durch den Rücktritt

ausgelöst; sie beginnt aber nicht erst im Zeitpunkt des Rücktritts, sondern vom Zeitpunkt des Empfangs der Leistung an. Bei Geldleistungen kann das zu einer Verzinsungspflicht führen, wenn bei ordnungsgemäßer Wirtschaft das Geld Zins bringend angelegt worden wäre. Im Falle des gesetzlichen Rücktrittsrechts muss der Schuldner allerdings auch hier nur für diejenige Sorgfalt einstehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Der Schuldner hat nach § 347 Abs. 2 einen Anspruch auf Ersatz seiner notwendigen Verwendungen. Andere Aufwendungen muss der Gläubiger nur ersetzen, wenn er durch diese bereichert ist.

Nach § 348 S. 1 BGB erfolgt die Rückabwicklung Zug um Zug. Nach § 348 S. 2 BGB gelten auch die §§ 320, 322 BGB. Nicht verwiesen wird auf § 326 BGB. Das hat in folgender Fallgestaltung Auswirkungen: Wird nach der Rücktrittserklärung beim gesetzlichen Rücktritt die Rückgewähr des Erhaltenen ohne Verschulden unmöglich, dann ist der bezüglich dieser Leistung Rückgewährpflichtige gemäß § 346 Abs. 3 und 4 BGB ersatzlos frei geworden, während er seinen Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung behält. Das würde die Anwendung von § 326 Abs. 1 BGB ändern, denn danach würde auch der Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung erlöschen. Der Gesetzgeber hat sich gegen die Anwendung des § 326 Abs. 1 BGB auf das Rückgewährschuldverhältnis entschieden.

### *c. Schadensersatz*

Mit Blick auf mögliche Schadensersatzansprüche ist die Situation nach der Rücktrittserklärung von der Situation vor der Rücktrittserklärung zu unterscheiden. Nach der Rücktrittserklärung entsteht das beschriebene Rückabwicklungsverhältnis. Für die in ihm entstehenden Ansprüche gelten nach § 346 Abs. 4 BGB die allgemeinen Regeln. Wird die Rückgewähr aus Gründen, die der Rückgewährschuldner zu vertreten hat, unmöglich oder sonst beeinträchtigt, so schuldet der Rückgewährschuldner Schadensersatz nach Maßgabe der §§ 280 bis 283 BGB. Für einen Untergang oder eine Verschlechterung vor der Erklärung des Rücktritts kommt nur ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 in Verbindung mit § 241 Abs. 2 BGB in Betracht. Dabei kann man ein Verschulden im Umgang mit der Sache nur annehmen, wenn der spätere Rückgewährschuldner damit rechnen musste, dass es einen gegen ihn gerichteten Rückgewähranspruch geben würde.

Das ist beim vertraglich vorbehaltenen Rücktrittsrecht immer der Fall, beim gesetzlichen Rücktrittsrecht dagegen erst dann, wenn man Kenntnis vom Rücktrittsgrund erlangt. Beim vertraglich vorbehaltenen Rücktritt müssen die

Vertragsbeteiligten damit rechnen, dass ein Rücktritt erfolgt. Das ist bei den gesetzlichen Rücktrittsrechten anders, da sie regelmäßig nur in solchen Fällen eingreifen, in denen es zu einer Störung des Vertragsprogramms kommt. Damit muss man nicht unbedingt rechnen. Aus diesem Grunde privilegiert ja auch das Gesetz den Rücktrittsschuldner eines gesetzlichen Rücktrittsrechts und zieht ihn schon zu Wertersatz nur heran, wenn er die Sorgfalt nicht beobachtet, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§§ 346 Abs. 3 Nr. 3 und 347 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine Schadensersatzverpflichtung aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB kommt erst recht nicht in Betracht. Denn wer auf Grund eines Vertrages ohne Rücktrittsvorbehalt erworben hat, muss nicht mit einer Rückgewähr rechnen, bis der Grund für den Rücktritt festgestellt ist. Er kann deshalb nicht verpflichtet sein, sich über lange Zeit hinweg auf eine Rückgewährspflicht einzustellen und den empfangenen Gegenstand sorgfältig zu behandeln. Hier kommt ein echtes, eine Pflichtverletzung voraussetzendes Verschulden nicht in Betracht. Ein Schadensersatzanspruch scheidet deshalb vor Kenntnis des Rücktrittsgrundes aus.

Nach der Kenntnis ist er zu einem sorgfältigen Umgang mit der ja eventuell zurückzugebenden Sache verpflichtet. Insoweit besteht auch kein Raum mehr für das Privileg des § 277 BGB. Das Privileg formuliert der Gesetzgeber nur mit Blick auf den Wertersatzanspruch. Danach ist dem Betroffenen vor Kenntnis des Rücktrittsgrundes auch ein Risiko behafteter Umgang mit dem Gegenstand erlaubt. Er darf zum Beispiel mit dem erworbenen Auto fahren. Erst wenn durch grob fahrlässigen Umgang mit dem Gegenstand eine Verschlechterung oder ein Untergang verursacht wird, darf der Rücktrittsberechtigte zwar immer noch zurücktreten; er muss aber Wertersatz leisten (§ 277 BGB). Ab der Kenntnis des Rücktrittsgrundes muss er bei jedem Verschulden Schadensersatz leisten.

### **3. Der Widerruf und die Rückgabe bei Verbraucherverträgen**

Durch Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft war der deutsche Gesetzgeber gehalten, für bestimmte Arten von Geschäften zwischen Unternehmern und Verbrauchern dem Verbraucher eine Überlegungsfrist einzuräumen, innerhalb derer der Verbraucher sich von dem abgeschlossenen Vertrag durch Widerruf oder Rückgabe der Sache lossagen kann. Das gilt für Haustürgeschäfte, Verbraucherkredite, Geschäfte im Fernabsatz und andere Geschäfte. Die einschlägigen Regelungen finden sich inzwischen im BGB. Das gilt sowohl für die Fälle des Widerrufs und der Rückgabe (§§ 312, 312d, 485, 495, 503 BGB) wie für ihre (fristgerechte) Ausübung und ihre Folgen (§§ 355 bis 359 BGB).

Für die Folgen ordnet § 357 Abs. 1 BGB die Anwendung der für den gesetzlichen Rücktritt geltenden Regelungen an. Abweichend von § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB muss der Verbraucher auch für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung Wertersatz leisten, wenn er spätestens bei Vertragsschluss in Textform auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit, sie zu vermeiden, hingewiesen worden ist (§ 357 Abs. 3 Satz 1 BGB). Und das Privileg des § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB findet für den Verbraucher keine Anwendung, wenn er über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt worden ist oder hiervon anderweitig Kenntnis erlangt hat (§ 357 Abs. 3 Satz 3 BGB). Der Grund für die Zurücknahme des Schutzniveaus liegt nicht im Unterschied von Verbrauchern zu anderen Abnehmern; der Grund liegt in der gegenüber normalen gesetzlichen Rücktrittsrechten anderen Ausgangslage. Den normalen gesetzlichen Rücktrittsrechten liegen regelmäßig Vertragsverletzungen der anderen Seite zugrunde. Über die Ausübung des Widerrufs entscheidet einzig und allein der Verbraucher nach seinem Gutdünken. Es bestehen allerdings erhebliche Bedenken, ob die Zurücknahme des Schutzniveaus mit dem Europarecht vereinbar ist (vgl. dazu Wildemann in: jurisPK-BGB, § 357 Rdnr. 42).

Eine weitere Besonderheit ist die Kostenregelung in § 357 Abs. 2 BGB.

#### **4. Die Kündigung**

Im Gegensatz zum Rücktritt lässt die Kündigung den in der Vergangenheit bereits erfüllten Teil des Schuldverhältnisses unberührt, sie wirkt nur in die Zukunft. Sie ist das geborene Medium zur Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, z.B. Miete, Dienstvertrag und langfristiger Bezugsverträge. Dauerschuldverhältnisse können auf bestimmte Zeit geschlossen werden. Dann enden sie ohne weiteres mit Zeitablauf, z.B. § 542 Abs. 2 BGB. Dauerschuldverhältnisse können aber auch auf unbestimmte Zeit abgeschlossen werden. Hier ist die Kündigung nötig, um überhaupt das Schuldverhältnis beenden zu können (§ 542 Abs. 1 BGB). Sie bedarf dann als ordentliche Kündigung regelmäßig keines Grundes, steht also im Belieben des Kündigenden, ist aber regelmäßig fristgebunden, d.h. sie löst die jeweiligen Vertragsbeziehungen nicht bereits im Augenblick ihres Zugangs beim Empfänger auf, sondern wirkt erst auf einen späteren Zeitpunkt, damit dem Kündigungsgegner Gelegenheit gegeben wird, sich auf die neue Rechtslage einzustellen. Eine Ausnahme bilden wegen ihrer die Existenz sichernden Bedeutung insofern die Wohnungsmiete und das Arbeitsverhältnis, bei denen ausnahmsweise auch die ordentliche Kündigung eines Grundes bedarf.

Anders als die ordentliche Kündigung hat die außerordentliche Kündigung nicht den Zweck, dem sonst fortlaufenden Vertrag ein Ende zu geben, vielmehr soll mit ihr eine vorzeitige Auflösung erreicht werden, wofür es eines besonderen Grundes bedarf. Häufig, aber nicht zwingend, ist die außerordentliche Kündigung fristlos. Einzelheiten gehören in die Behandlung der spezifischen Verträge, die späteren Veranstaltungen vorbehalten ist. Aus den Vorschriften der §§ 626, 671 Abs. 2 und 3, 723 Abs. 1 Satz 2 BGB hat die Rechtsprechung den allgemeinen Rechtsgedanken hergeleitet, dass bei Rechtsverhältnissen von längerer Dauer, die ein persönliches Zusammenarbeiten der Beteiligten und daher ein gutes Einvernehmen erfordern, beim Vorliegen eines wichtigen Grundes, jederzeit die Aufkündigung erfolgen kann. Diesem Gedanken hat der Gesetzgeber mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 314 BGB gesetzliche Gestalt gegeben. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses, sei es auch nur bis zum Ablauf der normalen Kündigungsfrist, einem Teil unter Berücksichtigung der Eigenart des Schuldverhältnisses, des gesamten Verhaltens und der Interessen beider Vertragsteile nicht zugemutet werden kann. Ob das der Fall ist, kann nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden.

Vereinzelt spricht das BGB auch bei Schuldverhältnissen, die keine Dauerschuldverhältnisse sind, von Kündigung, insbesondere: §§ 649, 650 und 671 Abs. 2 und 3. Ihre Darstellung gehört in die Vorlesung zu den besonderen Vertragsschuldverhältnissen in einem späteren Stadium Ihres Studiums.





---

## *I. Schuld und Haftung*

Mit der Vertragshaftung betreten wir einen neuen Bereich. Während wir uns bislang mit der Schuld, das ist die ursprüngliche Verpflichtung (beim Kaufvertrag also die Pflicht des Käufers, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen, und die Pflicht des Verkäufers, das Eigentum an der verkauften Sache zu verschaffen und die Sache dem Käufer zu übergeben), befasst und ihre Begründung und Beendigung analysiert haben, befassen wir uns jetzt mit der Haftung für die Schuld, einem Problemkreis, der immer dann relevant wird, wenn die Abwicklung der Schuld im weitesten Sinne gestört wird. Die Störung kann ganz unterschiedliche Formen annehmen. Die geschuldete Leistung kann ganz ausbleiben. Das mag auf Unmöglichkeit beruhen und ruft sodann das Unmöglichkeitsrecht auf den Plan. Wenn die Leistung dagegen noch möglich ist, bewegen wir uns u.U. im Verzugsrecht. Wenn die Leistung rechtzeitig erbracht wird, aber Mängel aufweist, betreten wir das Mängelrecht, das im Allgemeinen Schuldrecht und vertragstypenspezifisch im Besonderen Schuldrecht geregelt ist (Kaufvertrag: §§ 434 ff., Mietvertrag: §§ 536 ff., Werkvertrag: §§ 633 ff.). Sollten im Zusammenhang mit der Leistung, durch die Leistung oder gar schon im Stadium der Vertragsanbahnung Rechtsgüter des Gläubigers verletzt werden, betreten wir Regelungskomplexe, die als Vertragshaftungen ursprünglich gar nicht im BGB geregelt waren, sondern neben dem BGB entwickelt worden sind und erst mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zum 1. Januar 2002 Eingang in das BGB

gefunden haben: die Ansprüche aus positiver Vertrags- oder Forderungsverletzung (pVV, § 241 Abs. 2 BGB) und aus culpa in contrahendo (Verschulden bei Vertragsschluss, c.i.c., § 311 Abs. 2 BGB). Das sind nur die Namen der Rechtsbereiche und Rechtsinstitute. Ihre Rechtsfolgen und Voraussetzungen werden wir im Einzelnen analysieren und diskutieren.

Man kann die Rechtsinstitute auch nach den Interessen differenzieren, zu deren Schutz sie entwickelt sind. Wir unterscheiden das Erfüllungsinteresse (auch positives Interesse genannt), das Vertrauensinteresse (auch negatives Interesse genannt), das Äquivalenzinteresse (man könnte es auch Wertinteresse nennen) und das Integritätsinteresse.

Beim Erfüllungsinteresse geht das Interesse des Gläubigers dahin, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Schuldner seine Pflicht ordentlich erfüllt hätte. Das Erfüllungsinteresse wird durch Schadensersatzverpflichtungen geschützt, in denen von Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 Abs. 3, 281 bis 283 BGB) oder von Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Rede ist (§ 523 Abs. 2 BGB).

Beim Vertrauensinteresse geht das Interesse des Gläubigers dahin, so gestellt zu werden, als habe er von diesem Vertrag nie etwas gehört. Geschützt wird das Vertrauen in die Gültigkeit des Vertrages durch Schadensersatzverpflichtungen. Wir finden solche Verpflichtungen etwa in §§ 122, 179 Abs. 2 BGB. Auch der Schadensersatz aus c.i.c. ist zum Teil auf den Schutz des Vertrauensinteresses gerichtet.

Beim Äquivalenzinteresse richtet sich der Blick auf den Wert einer Leistung bzw. das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung. Geschützt wird dieses Interesse im Mängelrecht durch das Minderungsrecht (§ 441 BGB) und den Anspruch auf Nacherfüllung (§ 439 BGB). Das Rücktrittsrecht schützt dagegen eher das Vertrauensinteresse, weil der Rücktretende so gestellt werden möchte, als habe er von dem Vertrag nie gehört.

Beim Integritätsinteresse geht es um das Interesse an dem Erhalt der beim Gläubiger vorhandenen Güter, die nichts mit der eigentlichen Vertragsleistung zu tun haben. Für diesen Schutz hatte der Gesetzgeber früher das Deliktsrecht als ausreichend angesehen. Die Rechtsentwicklung ist darüber hinweggegangen und hat namentlich wegen der unterschiedlichen Zurechnungsregeln für das Verschulden von Gehilfen Vertragshaftungen zum Schutz der Integritätsinteressen entwickelt: die positive Forderungsverletzung, die culpa in contrahendo und den Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter. Diese Rechtsinstitute haben mit

dem 1.1.2002 Einzug in das BGB gefunden (§§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 und 3 BGB).

---

## *II. Schaden, Interesse und Schadensersatz*

Bei dem Interessenschutz treffen wir auf sehr verschiedene Arten von Schadensersatzansprüchen. Was Schadensersatz allgemein bedeutet, ist in den §§ 249 bis 253 BGB festgelegt. Wir wollen dieses System zunächst in seinen Grundstrukturen beleuchten und uns dann die Frage stellen, wie sich in dieses System die unterschiedlichen Interessen einordnen lassen.

### **1. Das Grundmodell - die Differenzhypothese**

Schadensersatz erfolgt durch Restitution von Güterlagen und Kompensation von Vermögensverlusten.

Schaden ist jede nachteilige Veränderung der Güterlage des Betroffenen (Vergleich der realen, jetzt bestehenden Güterlage mit der hypothetischen Güterlage, die bestünde, wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre, § 249 BGB) durch

- Güterabfluss oder
- Verhinderung von Güterzufluss

oder

- Lastenmehrung oder
- Verhinderung von Lastenminderung.

Geschuldet wird Ausgleich durch RESTITUTION (Herstellung der Güterlage)

- in Natur (§ 249 Abs. 1 BGB) bzw.
- durch Zahlung der Herstellungskosten (§§ 249 Abs. 2, 250 BGB).

Die Restitution wird abgelöst und/oder ergänzt bei

- Unmöglichkeit (§ 251 Abs. 1 BGB)
- Ungenügen (§ 251 Abs. 1 BGB)

- Unzumutbarkeit (§ 251 Abs. 2 BGB).

Dann wird Ausgleich durch KOMPENSATION des Vermögensschadens (§ 253 BGB) in Geld geschuldet für den

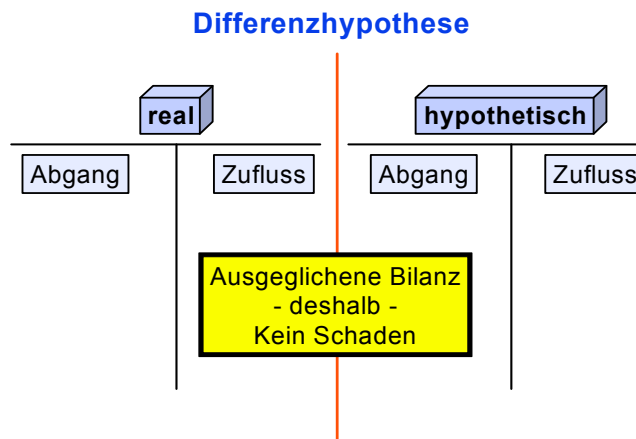
- Vermögensabfluss (§ 251 BGB) und den
- verhinderten Vermögenszufluss, entgangenen Gewinn (§ 252 BGB).

Vermögenswert hat ein Gut, wenn es für das Gut einen Marktpreis gibt!

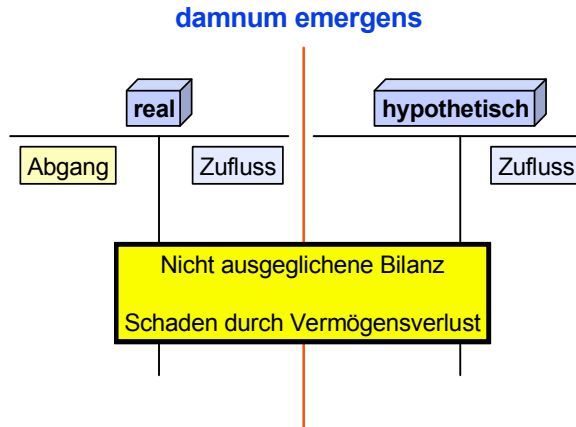
Das Grundmodell verlangt den Vergleich der realen Güterlage mit einer hypothetischen Güterlage. Um sich Klarheit über dieses Konzept zu verschaffen, stellt man die Güterlagen am besten in Form von T-Konten oder Tabellen dar. In dieser Darstellung lässt sich dann auch schön zeigen, wo die unterschiedlichen Interesseformen Berücksichtigung finden.

Wir beschränken uns in einem vereinfachten Modell auf den Güterabfluss und Güterzufluss und lassen die Belastungen (i.d.R. durch Verpflichtungen) außer Betracht. Für die Belastungen gelten leicht nachzuvollziehende analoge Betrachtungen.

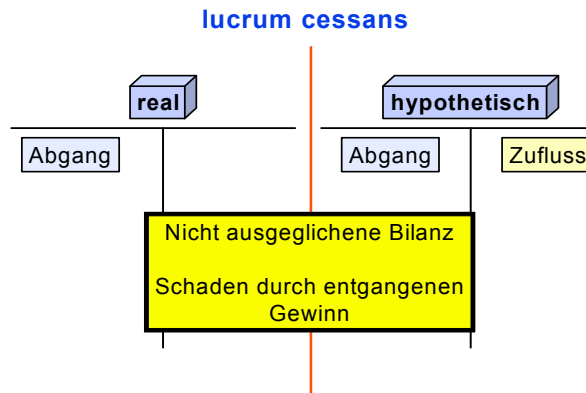
Kein Schaden ist entstanden, wenn der Vergleich der realen mit der hypothetischen Güterlage keine Differenz ergibt, mithin die Abflüsse und die Zuflüsse identisch sind:



Ein Schaden in Form des Güterabflusses, auch *damnum emergens* genannt, liegt vor, wenn real ein Abgang zu verzeichnen ist, der hypothetisch, d.h. ohne das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre:



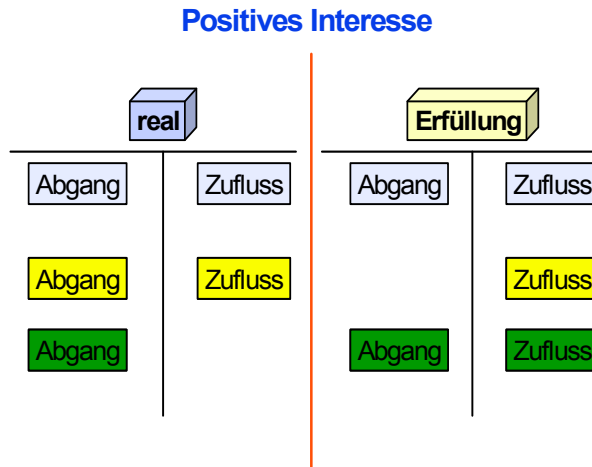
Ein Schaden in Gestalt des verhinderten Vermögenszuflusses, der Gesetzgeber spricht in § 252 BGB vom entgangenen Gewinn, der gemeinrechtlich gebildete Jurist vom *lucrum cessans*, liegt vor, wenn real ein Zufluss ausbleibt, der ohne das zum Ersatz verpflichtende Ereignis dem Geschädigten zugeflossen wäre:



## 2. Die Interesseformen

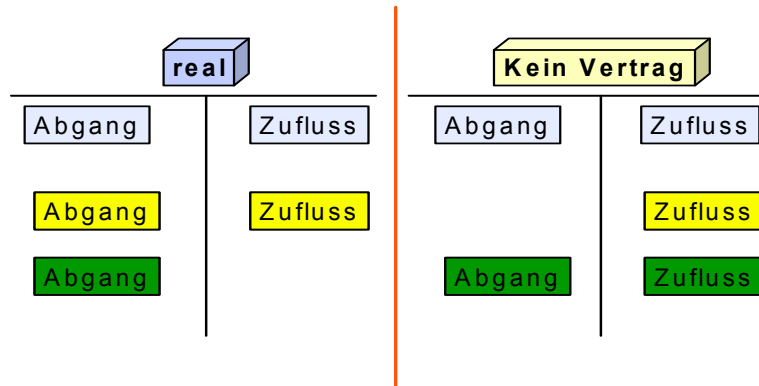
Wenn wir uns fragen, wie die unterschiedlichen Interesseformen in dieses Bild passen, so lautet die Antwort: Sie bestimmen den Anknüpfungspunkt für den Aufbau der hypothetischen Güterlage.

Beim positiven Interesse ist der Anknüpfungspunkt die Erfüllung. Der Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn der Schuldner seine Schuldverpflichtung ordnungsgemäß erfüllt hätte.



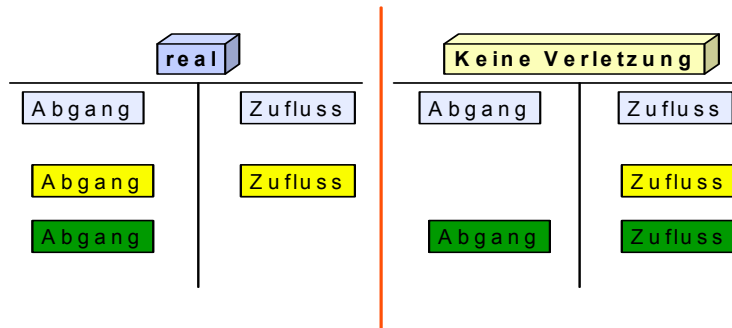
Beim negativen Interesse ist der Anknüpfungspunkt ein negativer: das Nichteinlassen auf dieses Geschäft. Der Gläubiger ist so zu stellen, als sei er mit diesem Vertrag nie in Berührung gekommen.

### Negatives Interesse



Beim Integritätsinteresse ist der Anknüpfungspunkt ebenfalls ein negativer: das Nichteintreten des Verletzungsereignisses.

### Integritätsinteresse



Mit diesen Grundlagen, die beim Haftungs- und Schadensrecht noch einmal aufgegriffen und vertieft werden, sollten wir gerüstet sein, um das Leistungsstörungenrecht in Angriff zu nehmen.

---

### *III. Die Unmöglichkeit der Leistung*

Für die Unmöglichkeit der Leistung normiert das BGB unterschiedliche Rechtsfolgen:

- das Freiwerden des Schuldners von der Leistungsverpflichtung (§ 275 BGB);
- das Freiwerden des Gläubigers von der Gegenleistungsverpflichtung (§ 326 Abs. 1 BGB);
- die Verpflichtung des Schuldners der unmöglich gewordenen Leistung zum Schadensersatz (§ 283 BGB)
- das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen (§ 326 Abs. 5 BGB).

Das Gesetz unterscheidet bei den Rechtsfolgen nicht mehr zwischen der anfänglichen und der nachträglichen Unmöglichkeit (§ 311a BGB).

Mit dem Freiwerden von der Leistungsverpflichtung haben wir uns schon in einem früheren Zusammenhang befasst (schuldbefreiende Unmöglichkeit). Es bleiben die Verpflichtung zum Schadensersatz und das Rücktrittsrecht. Das Rücktritts(folgen)recht ist schon im Zusammenhang mit den rechtsgeschäftlichen Schuldbefreiungsmöglichkeiten angesprochen worden. Hier kann es nur noch um die Rücktrittsvoraussetzungen gehen.

Für die Verpflichtung zum Schadensersatz spielt das Vertretenmüssen eine Rolle. Der Schuldner kann sich von dieser Verpflichtung nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB durch den Nachweis befreien, dass er die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten habe. Man kann insoweit von einer Haftung für vermutetes Vertretenmüssen sprechen. Das Rücktrittsrecht wegen der Unmöglichkeit der Leistung ist dagegen völlig unabhängig vom Vertretenmüssen. Das Rücktrittsrecht und das Recht auf Schadensersatz schließen sich nicht aus (§ 325 BGB).

#### **1. Vertretenmüssen**

Was der Schuldner zu vertreten hat, ergibt sich regelmäßig aus den §§ 276 bis 278 BGB. Danach hat der Schuldner in erster Linie Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist (§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB).



Unter Vorsatz versteht man in Übereinstimmung mit dem Strafrecht Wissen und Wollen der objektiven Tatbestandsmerkmale. Dies bedeutet für die Unmöglichkeit, dass der Schuldner seine Leistungsunmöglichkeit wissentlich und willentlich herbeigeführt haben muss. Dabei genügt es bereits für das Wollen, dass der Schuldner es für möglich gehalten hat, dass er die Leistungsunmöglichkeit herbeiführt und dies billigend in Kauf genommen hat.

Nach der Legaldefinition des § 276 Abs. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr gebotene Sorgfalt außer Acht lässt. Dabei kommt es wie im Strafrecht auf die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit der Tatbestandsverwirklichung an. Allerdings macht die Formulierung „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ deutlich, dass im Zivilrecht anders als im Strafrecht ein objektiver Sorgfaltsmaßstab anzulegen ist. Das bedeutet, es kommt darauf an, was von einem durchschnittlichen Anforderungen entsprechenden Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises in der jeweiligen Situation erwartet werden kann, ohne dass es eine Rolle spielt, ob der Schuldner auch nach seinen individuellen Fähigkeiten die objektiv erforderliche Sorgfalt hätte erkennen und erbringen müssen. Dabei wird der Sorgfaltsmaßstab gruppenbezogen bestimmt, indem das Verhalten für maßgeblich erklärt wird, das von der Eigenart des jeweils einschlägigen Verkehrskreises geprägt wird. Demnach hat der Schuldner die Leistung dann fahrlässig unmöglich gemacht, wenn ein durchschnittlicher Angehöriger des in diesem Falle angesprochenen Verkehrskreises erkannt hätte, dass die Leistung unmöglich zu werden droht und er auf Grund dieser Einsicht den Eintritt der Unmöglichkeit hätte verhindern können.

Wie schon die Formulierung des § 276 Abs. 1 BGB zeigt, kann der Maßstab für das Vertretenmüssen in bestimmten Fallgestaltungen verändert sein. Eine Verschärfung der Haftung tritt für den Schuldner zum Beispiel dann ein, wenn er sich im Schuldnerverzug befindet. Dann muss er nach § 287 Satz 2 BGB auch für den zufälligen Untergang einstehen. Eine Milderung der Haftung tritt für den Schuldner dagegen zum Beispiel dann ein, wenn der Gläubiger sich im Verzuge der Annahme befindet. Dann hat der Schuldner nach § 300 Abs. 1 BGB nur noch grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz zu vertreten. Ein besonderer Haftungsmaßstab ist der der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten. Ihn ordnen zum Beispiel § 690 BGB für die unentgeltliche Verwahrung und § 708 BGB für die Haftung der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft an. § 277 BGB bestimmt dazu, dass eine Haftungsmilderung bis zur groben Fahrlässigkeit eintreten kann. Die *diligentia quam in suis rebus adhibere solet* lässt eine Enthftung für fahrlässiges Verhalten eintreten, wenn der Schuldner auch mit den eigenen Dingen nicht sorgfältiger umgeht. Wer aber mit den eigenen Dingen grob fahrlässig umgeht, der kann sich

nicht auch Dritten gegenüber auf eine Haftungsbefreiung berufen. Von der groben Fahrlässigkeit an wird auch bei eigenüblicher Sorgfalt gehaftet.

## **2. Schadensersatz**

Die Rechtsfolge des Schadensersatzanspruchs beschreibt das Gesetz mit Schadensersatz statt der Leistung. Es geht darum, den Gläubiger so zu stellen, wie wenn er die Leistung erhalten hätte. Ihm muss mithin der Wert der ausgebliebenen Leistung und u.U. ein Gewinn ersetzt werden, den er gemacht hätte, wenn er die Leistung erhalten hätte.

Ein Problem könnte sich dann ergeben, wenn die Unmöglichkeit im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages eingetreten ist, bei dem der Gläubiger der untergegangenen Leistung seinerseits zu einer Gegenleistung verpflichtet ist. Die Gegenleistung muss in die Berechnung des Schadensersatzanspruchs einbezogen werden. Zwei Möglichkeiten kommen in Betracht. Bei der einen tritt der Schadensersatzanspruch an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung (Surrogationsmethode). Die Gegenleistungspflicht bleibt bestehen. Bei der anderen wird der Schadensersatzanspruch mit der Gegenleistung verrechnet, und es bleibt ein Schadensersatzanspruch nur bei einer Differenz (Differenzmethode); so insbesondere, wenn der objektive Wert höher als die vereinbarte Gegenleistung war, oder wenn es um den Ersatz des entgangenen Gewinns geht.

Auf den ersten Blick scheint sich das neue Recht für eine Abwicklung nach der Differenztheorie entschieden zu haben. Denn § 326 Abs. 1 BGB ordnet das Freiwerden des Gläubigers von der Gegenleistungspflicht an. Die Surrogationsmethode aber geht von einem Fortbestehen der Gegenleistungspflicht aus. Dennoch muss die Abrechnung nach der Surrogationsmethode auch im neuen Recht möglich sein. Betrachten wir zunächst einen Fall, der die Unterschiede zwischen den Theorien und die möglicherweise beteiligten Interessen deutlich macht.

A will seine Briefmarkensammlung (Wert 1.000 €) gegen die Münzsammlung des B (Wert 1.100 €) tauschen. Es wird ein entsprechender Vertrag geschlossen. Vor der Erfüllung der beiderseitigen Pflichten wird dem B die Münzsammlung gestohlen, wobei B den Diebstahl durch Fahrlässigkeit ermöglicht hat.

Hier sähe die Abwicklung nach der Differenztheorie so aus, dass A seine Briefmarkensammlung behält und von B die Wertdifferenz von 100 € verlangen kann. Nach der Surrogationsmethode müsste (könnte) A dem B seine Briefmarkensammlung übertragen und 1.100 € verlangen.

Zwingt das Gesetz (§ 326 Abs. 1 BGB) den A zur Abwicklung nach der Differenzmethode?

Ein solcher Zwang wäre aus mehreren Gründen unsinnig. Zum einen würde er den Interessen des A nicht gerecht, wenn dieser mit Briefmarken nichts mehr zu tun haben möchte. Zum anderen gäbe es ein Problem mit dem Gleichbehandlungsgebot. Denn in den anderen Fällen des Schadensersatzes statt der Leistung (§§ 281 und 282 BGB) ist anerkannt, dass der Gläubiger vorrangig nach der Surrogationsmethode vorzugehen hat und zur Abrechnung nach der Differenztheorie die Befreiung von der eigenen Leistungspflicht durch Rücktritt herbeiführen muss. Es macht aber wertungsmäßig keinen Unterschied, ob die Schadensersatzverpflichtung des Schuldners auf Nichtleistung wegen Unmöglichkeit oder auf Nichtleistung innerhalb einer durch den Gläubiger gesetzten Frist beruht. § 326 Abs. 1 BGB bedeutet danach lediglich, dass der Gläubiger nicht mehr leisten muss, nicht jedoch, dass er nicht mehr leisten darf. Der automatische Wegfall der Leistungspflicht beruht nur darauf, dass die Notwendigkeit des Rücktritts als zu umständlich und nicht sachgerecht empfunden wurde (Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 188). Es wäre jedoch nicht angemessen, dem Gläubiger das Verwertungsrisiko für seine Leistung zwangsweise wieder aufzuerlegen. Denn könnte er nicht nach der Surrogationsmethode vorgehen, müsste er seine Leistung zurücknehmen oder behalten und anderweitig abzusetzen versuchen. Letztlich ist das Problem nur dadurch entstanden, dass anders als bei der Vorgängerregelung der automatische Wegfall der Gegenleistungspflicht auch für die Fälle der vom Schuldner zu vertretenden Leistungsunmöglichkeit angeordnet worden ist. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber damit die Rechte des Gläubigers verkürzen wollte.

Der Gläubiger hat nach wie vor die Wahl, den Schadensersatz statt der Leistung nach der Differenztheorie oder nach der Surrogationsmethode zu verlangen.

Allerdings soll nicht verschwiegen werden, dass dies auch anders gesehen wird. Manche Autoren greifen zur Lösung dieser Frage auf die Rechtsprechung des BGH zu § 326 BGB a.F. zurück (BGH, NJW 1994, 3351; 1999, 3115, 3116 f.), wonach aus der Regelung des § 326 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB, die ein Erlöschen des Erfüllungsanspruchs nach Ablauf der gesetzten Nachfrist vorsah, folgen sollte, dass in diesen Fällen auf Grund des Erlöschens des Erfüllungsanspruchs die Surrogationsmethode unanwendbar sein sollte. Wenn man diese Rechtsprechung zum alten Recht für richtig hielt, kann man in der Tat auch zu § 326 Abs. 1 S. 1 BGB n.F. schwerlich eine andere Lösung befürworten (so etwa: Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz, Fälle zum Neuen Schuldrecht, S. 19 f.). Die vorerwähnte

Rechtsprechung des BGH zur Unanwendbarkeit der Surrogationsmethode bei § 326 BGB a.F. war aber bereits verfehlt. Denn auch sie führte zu dem oben bereits aufgezeigten Wertungswiderspruch, dass (genau umgekehrt wie im Neuen Schuldrecht) im Fall des Verzuges mit einer im Synallagma stehenden Hauptleistungspflicht die Surrogationsmethode ausgeschlossen sein sollte, während sie im Falle der nachträglichen Unmöglichkeit nach Wahl des Gläubigers zur Anwendung kommen sollte. Diese unterschiedlichen Rechtsfolgen waren aber ebenso wenig sachlich gerechtfertigt, wie sie es im Neuen Schuldrecht unter „umgekehrten Vorzeichen“ wären (siehe oben). Überdies führte die vom BGH zu § 326 BGB a.F. vertretene Meinung zu dem seltsamen Ergebnis, dass die Surrogationsmethode beim Schuldnerverzug vor der Leistungserbringung durch den Gläubiger unanwendbar war, während sie nach der Leistungserbringung durch den Gläubiger zwingend anzuwenden war, um das (jetzt gemäß § 325 BGB n.F. beseitigte) Verbot der Kumulation von Schadensersatz und Rücktritt nicht zu verletzen. Auch dies war eine Differenzierung, die einer sachlichen Rechtfertigung entbehrte. Zusammenfassend kann man also sagen, dass der vom BGH mit § 326 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. begründete Ausschluss der Surrogationsmethode in den Fällen vor der Leistungserbringung durch den Gläubiger nicht zu überzeugen vermochte (ebenso und sehr instruktiv zu dieser Thematik: Kaiser, NJW 2001, 2425 ff.). Es besteht daher kein Anlass, an diese kritikwürdige Rechtsprechung anzuknüpfen, um mit ihr nach neuem Recht den Ausschluss der Surrogationsmethode im Falle der Unmöglichkeit zu begründen.

### **3. Stellvertretendes commodum**

Eine ähnliche Lage entsteht, wenn der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung auf einen Ersatz oder Ersatzanspruch des Schuldners zugreift, den dieser anstelle der unmöglich gewordenen Leistung erhalten hat. Die Möglichkeit dazu eröffnet § 285 Abs. 1 BGB. Die schadensrechtliche Lösung ist in Abs. 2 derselben Vorschrift enthalten. Der Schadensersatz mindert sich um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs. Die Lösung für die Gegenleistung in den gegenseitigen Verträgen findet sich in § 326 Abs. 3 BGB. Die Pflicht zur Gegenleistung bleibt bestehen und wird gegebenenfalls gemindert, wenn der Ersatz oder Ersatzanspruch weniger wert sind als die ursprüngliche Leistung.

### **4. Aufwendungsersatz**

Ein Problem kann sich auch ergeben, wenn der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung Aufwendungen gemacht hat, um in den Genuss der

vertraglich versprochenen Leistung zu kommen. Die Aufwendungen wären auch angefallen, wenn die Leistung erbracht worden wäre. Danach ergibt sich auf den ersten Blick keine Differenz zwischen der realen und der hypothetischen Güterlage. Hier hat sich die Rechtsprechung mit der Idee der Rentabilitätsvermutung geholfen. Danach wurde von den Aufwendungen vermutet, dass ihnen mindestens ein Gewinn in Aufwendungshöhe gegenüber gestanden wäre. Der entgangene Gewinn ergab die Differenz, die den Schadensersatzanspruch ausmachte. Die Vermutung versagt im außergeschäftlichen, privaten Bereich. Der Kunstliebhaber macht keinen Gewinn mit dem erworbenen Kunstwerk. Ihm eröffnet das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz eine Möglichkeit, statt des Schadensersatzanspruchs einen Aufwendungsersatzanspruch geltend zu machen (§ 284 BGB).

### 5. Teilunmöglichkeit

Nach § 275 Abs. 1 BGB wird der Schuldner von seiner Leistungspflicht nur „soweit“ frei, wie die Leistung nach Entstehung des Schuldverhältnisses unmöglich wird. Für den unmöglich gewordenen Teil der Leistungspflicht kann der Gläubiger dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§§ 280 Abs. 1, 283 BGB), im Übrigen bleibt es beim Erfüllungsanspruch des Gläubigers und im Falle eines gegenseitigen Vertrages beim Gegenleistungsanspruch des Schuldners. Statt dessen hat der Gläubiger aber auch das Recht unter Ablehnung des möglichen Teils der Leistung Schadensersatz anstelle der Leistung wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat (§§ 283 Satz 2, 281 Abs. 1 Satz 2 BGB). Bei gegenseitigen Verträgen kommen zu diesen Rechtsbehelfen noch der Teilrücktritt (§§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 5 BGB), der Rücktritt vom ganzen Vertrag bei Interessewegfall (§§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 5 BGB) sowie die Rechte des § 326 Abs. 1 BGB hinzu.

Entscheidet sich der Gläubiger bei Teilunmöglichkeit eines gegenseitigen Vertrages für Schadensersatz wegen des unmöglich gewordenen Teils der Leistung, Teilrücktritt oder die Rechte des § 326 Abs. 1 BGB, so zerfällt der Vertrag in zwei Teile: Hinsichtlich des noch möglichen Teils der Leistung wird der Vertrag normal abgewickelt, hinsichtlich des unmöglich gewordenen Teils treten die soeben erörterten Rechtsfolgen der §§ 283, 281 und 326 Abs. 5, 323 Abs. 5 BGB ein. Statt dessen kann der Gläubiger aber auch die so genannten „Totalrechte“ der §§ 283, 281 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 5, 323 Abs. 5 BGB geltend machen, also Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen oder vom ganzen Vertrag zurücktreten, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für

ihn kein Interesse hat. Das ist auf der Grundlage der Verhältnisse des Gläubigers objektiv zu entscheiden und insbesondere dann anzunehmen, wenn er den Zweck, den er mit der Leistung verfolgt hat, mit der Teilleistung überhaupt nicht mehr erreichen kann oder wenn er sich wegen der gesamten Leistung anderweitig eindecken musste. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Schuldner den vom Gläubiger mit der Leistung verfolgten Zweck kannte oder auch nur erkennen konnte (Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, §§ 5 Rdnr. 31; 12 Rdnr. 42).

Nach dem alten Recht kam ein Rücktritt vom ganzen Vertrag trotz begrifflichen Vorliegens von Teilunmöglichkeit dann in Betracht, wenn die Teilunmöglichkeit bei wertender Betrachtung einer vollständigen Unmöglichkeit entsprach. Dies bestimmte sich danach, ob die Leistung entweder tatsächlich unteilbar war oder nach den Kriterien des § 139 BGB nach dem Parteiwillen als unteilbar anzusehen war. Beispiel für Letzteres: Nach dem Abschluss des Kaufvertrages über eine Gemäldesammlung, die angeblich alle Werke eines Künstlers aus einer bestimmten Schaffensphase umfasst, verkauft und übereignet der Verkäufer heimlich einige besonders wichtige Werke an andere Käufer und ersetzt die Originale durch Fälschungen; die Erwerber der Originalwerke sind nicht bereit, diese zurückzueräußern.

Es fragt sich, ob an dieser Auslegung der Unmöglichkeitsregeln auch für das neue Recht festzuhalten ist. Dagegen spricht aber, dass der Gesetzgeber für diese Fälle mit §§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 5 BGB eine spezielle Regelung geschaffen hat, die über das Kriterium des Interessewegfalls hinweg zu den gleichen, anerkanntermaßen gerechten Ergebnissen führen dürfte wie die bisherige wertende Auslegung des Unmöglichkeitsbegriffs. Ein entscheidender Vorteil einer ausschließlichen Lösung dieser Fälle nach den Regeln der Teilunmöglichkeit ist, dass sich mit ihr zwanglos begründen lässt, dass der Gläubiger ein Wahlrecht hat, sich mit der Teilleistung nebst geminderter Gegenleistungspflicht zu begnügen (§ 326 Abs. 1 BGB) oder über den Rücktritt eine Lösung vom ganzen Vertrag zu erreichen (§§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 5 BGB) (so auch: Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz, Fälle zum Neuen Schuldrecht, S. 65 f.).

---

#### *IV. Der Schuldnerverzug*

Das BGB regelt den Schuldnerverzug im allgemeinen Schuldrecht in den §§ 286 bis 290 BGB. Die klausurrelevanten Anspruchsgrundlagen findet man in den

§§ 280 Abs. 1, 2, 3, 281 BGB. Dabei betrifft § 280 Abs. 2 BGB den Verzögerungsschaden und § 280 Abs. 3 in Verbindung mit § 281 BGB den Nichterfüllungsschaden (Schadensersatz statt der Leistung).

Die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges ergeben sich aus § 286 BGB. Sie lauten schlagwortartig: Nichtleistung trotz Möglichkeit, Fälligkeit der Forderung und Mahnung. Die Durchsetzbarkeit und das Vertretenmüssen sind keine Voraussetzungen für den Schuldnerverzug, obwohl man das häufig anders liest. Das Nichtvertretenmüssen schließt nach § 286 Abs. 4 BGB den Verzug aus und spielt insoweit eine Rolle als Gegenrecht für den Schuldner, bei dem im Übrigen die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges erfüllt sind. Und auch die fehlende Durchsetzbarkeit gehört zu den Gegenrechten, deren Vorliegen vom Anspruchsgegner zu beweisen ist.

### **1. Nichtleistung trotz Möglichkeit**

Der Schuldner kann nur in Verzug kommen, wenn er einen bestehenden Anspruch nicht erfüllt. Da sich aus der Gesetzessystematik ergibt, dass Verzug und Unmöglichkeit einander ausschließen, kann Verzug nur solange vorliegen, wie die Leistung noch möglich ist und vom Schuldner nachgeholt werden kann. Die Nachholbarkeit der Leistung ist demnach das einschlägige Abgrenzungskriterium zwischen Unmöglichkeit und Verzug: Sobald die Leistung dauernd unmöglich wird, sind die Rechtsfolgen für diese Vertragsverletzung den Vorschriften über die Unmöglichkeit zu entnehmen (§§ 275, 280, 283, 326 Abs. 5 BGB) (BGH NJW 1982, 2238, 2239). Ist die Leistung nur vorübergehend unmöglich, so bejaht die Rechtsprechung gleichwohl endgültige, objektive Unmöglichkeit, wenn das vorübergehende Leistungshindernis den Vertragszweck derart beeinträchtigt, dass dem Gläubiger ein Warten auf die Leistung nicht mehr zugemutet werden kann. Eine wichtige Rolle bei der Abgrenzung von Unmöglichkeit und Verzug mittels des Kriteriums der Nachholbarkeit spielt die bereits vorgestellte Fallgruppe der „Unmöglichkeit der Leistung durch Zeitablauf“. Durch Zeitablauf tritt insbesondere dann Unmöglichkeit ein, wenn die vereinbarte Leistungszeit beim absoluten Fixgeschäft abgelaufen ist oder wenn es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, bei dem die Leistungszeit eine so wichtige Rolle spielt, dass die einmal verlorene Zeit nicht mehr nachgeholt werden kann. Wichtige Beispiele hierfür sind nach herrschender Meinung der Arbeitsvertrag mit fest vereinbarter Arbeitszeit und der Raummietvertrag (MüKo/Ernst, § 275 Rdnr. 48).

## 2. Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der Forderung

Fällig wird eine Leistung in dem Zeitpunkt, in dem der Gläubiger berechtigt ist, sie zu fordern. Haben die Parteien nichts anderes bestimmt, so wird die Forderung mit ihrem Entstehen „sofort“ fällig (§ 271 Abs. 1 BGB). Die Parteien können jedoch die Fälligkeit der Forderung durch Vereinbarung (Stundung) hinausschieben. Solange die Forderung gestundet ist, kann der Schuldner durch Nichtleistung nicht in Verzug geraten.

Neben der Fälligkeit setzt der Schuldnerverzug noch die Durchsetzbarkeit der nicht erfüllten Forderung voraus. Nicht durchsetzbar sind zum einen die unvollkommenen Verbindlichkeiten (Naturalobligationen) wie z.B. Spiel- oder Wettschulden im Sinne des § 762 Abs. 1 BGB. Ebenfalls nicht durchsetzbar sind Forderungen, denen eine Einrede entgegensteht. Dabei ist allerdings problematisch und umstritten, ob bereits das Bestehen oder erst die Geltendmachung der Einrede den Verzug ausschließt. Hier ist im Detail nahezu alles umstritten, sodass es nur Sinn macht, sich die Grundlinien der Diskussion zu merken (vgl. zum Meinungsstand: Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 I 2).

Trotz zahlreicher Abweichungen in Einzelfragen ist man sich heute in Rechtsprechung und Lehre weitgehend einig, dass alleine das Bestehen der Einrede des § 320 BGB den Eintritt des Verzuges hindert, während die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes gemäß § 273 den Verzug erst ausschließt, wenn sich der Schuldner darauf beruft (Emmerich aaO.; zu § 320 BGB: BGH NJW 1992, 556, 557; NJW 1993, 2674 f.; zu § 273 BGB: BGH NJW 1995, 1152, 1154). Diese grundlegende Differenzierung wird damit begründet, dass anders als bei der Einrede des § 320 BGB der Gläubiger bei der Einrede des § 273 BGB nicht unbedingt damit rechnen muss, dass der Schuldner von ihr Gebrauch machen wird. Die wechselseitige Abhängigkeit der Ansprüche, auf der das Einrederecht beruht, besteht nämlich nicht wie bei § 320 BGB auf Grund des Synallagmas von vorneherein, sondern wird erst durch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes vom Schuldner selbst herbeigeführt. Im Übrigen unterscheiden sich § 320 BGB und § 273 BGB dadurch, dass der Gläubiger das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB gemäß § 273 Abs. 3 BGB durch Sicherheitsleistung abwenden kann (vgl. § 320 Abs. 1 Satz 3 BGB). Das ist ihm aber nur möglich, wenn der Schuldner ihm vorher mitteilt, dass er von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch zu machen gedenkt (MüKo/Ernst, § 286 Rdnr. 28).

Allerdings kann auch bei Bestehen des Einrederechts des § 320 BGB der Gläubiger eines leistungsunwilligen Schuldners den Schuldnerverzug herbeiführen. Das RG



und Teile der Literatur nahmen an, dies sei schon dann der Fall, wenn der Gläubiger zur Gegenleistung „bereit und imstande“ sei. Diese Ansicht hat der BGH in einem grundlegenden Urteil ausdrücklich aufgegeben, da sie der Funktion des § 320 BGB nicht gerecht werde. Nach dieser Vorschrift könne der Schuldner seine Leistung bis zur „Bewirkung“ der Gegenleistung verweigern. Damit komme zum Ausdruck, dass § 320 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung sichern und Druck auf den Gläubiger ausüben solle, damit dieser leiste. Diese Funktion könne aber § 320 BGB nur erfüllen, wenn Schuldnerverzug erst bei Nichtleistung des Schuldners trotz eines Annahmeverzug begründenden Angebotes der Gegenleistung durch den Gläubiger eintrete. Dafür müsse der Gläubiger aber dem Schuldner die Gegenleistung so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten haben, sodass er nur noch zuzugreifen brauche (BGH NJW 1992, 556, 557 f.).

Bei allen anderen Einreden (wie z.B. der Einrede der Verjährung (§ 214 BGB) oder der Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 821 BGB)) hat sich noch kein so klares Meinungsbild wie zu §§ 273, 320 BGB herauskristallisiert. Bei diesen Einreden lässt sich somit die Position, dass schon das Bestehen der Einrede den Verzug ausschließt, in der Klausur ebenso gut vertreten wie die Position, dass erst die Geltendmachung der Einrede Verzug ausschließende Wirkung hat. Überwiegend wird wohl die erstere Ansicht vertreten. Diese stützt sich auf das Argument, dass derjenige, der das Recht hat, durch Verweigerung eine Hemmung des gegen ihn gerichteten Anspruchs herbeizuführen, auch das Recht haben müsse, die Leistung zunächst einmal zu unterlassen (so etwa Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, § 23 I c (S. 350)). Dieses Argument ist jedoch nicht zwingend und lässt sich ebenso gut umkehren (vgl. Jahr, JuS 1964, 293, 302). Unabhängig davon, welcher Auffassung man sich in diesem Streit auch anschließen mag, sollte man aber bedenken, dass Einreden im materiellrechtlichen Sinne im Zivilprozess nur berücksichtigt werden dürfen, wenn sich der Schuldner vor Gericht auf sie beruft, indem er gegenüber dem Gericht erklärt, dass er auf Grund der Einrede die Leistung verweigere oder schon früher dem Gläubiger gegenüber verweigert habe. Hat der Schuldner sich bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz nicht auf die Einrede berufen, so darf sie vom Gericht nicht berücksichtigt werden. Selbst, wenn man also davon ausgeht, dass bereits das Bestehen der Einrede den Verzug ausschließt, darf man in diesem Fall die Einrede nicht berücksichtigen. Der Schuldner muss sich dann so behandeln lassen, als wäre er in Verzug gekommen (Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, § 23 I c (S. 350); Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 12).

Für die sich aus der Ausübung von Gestaltungsrechten wie z.B. Anfechtung oder Rücktritt ergebenden Einwendungen ist anerkannt, dass sie erst nach ihrer

Ausübung den Verzug ausschließen. Dabei ergibt sich für die Aufrechnung und die Anfechtung aus den gesetzlichen Rückwirkungsfiktionen der §§ 389, 142 Abs. 1 BGB, dass sie bei wirksamer Ausübung nachträglich den bereits eingetretenen Verzug entfallen lassen (für die Aufrechnung durch den Schuldner: BGH NJW 1981, 1729, 1731; MüKo/Ernst, § 286 Rdnr. 29; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 7; für die Anfechtung: Emmerich aaO.). Beim Rücktritt, ist dies umstritten. Dabei geht die wohl herrschende Meinung wegen der Gleichartigkeit der Sachverhalte davon aus, dass auch der Rücktritt rückwirkend den Verzug entfallen lässt (vgl. Emmerich aaO.; MüKo/Ernst, § 286 Rdnr. 29).

### **3. Mahnung**

#### *a. Nicht auf eine Entgeltzahlung gerichtete Forderungen*

Leistet der Schuldner bei Fälligkeit der Forderung nicht, so kommt er gemäß § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB regelmäßig noch nicht in Verzug. Um den Verzug herbeizuführen, muss der Gläubiger den Schuldner grundsätzlich nach der Fälligkeit der Forderung erst einmal mahnen. Die zwischen Fälligkeit und Verzugsseintritt geschaltete Mahnung soll den Schuldner schützen, indem sie ihn vor den negativen Folgen des Schuldnerverzuges warnt und ihm Gelegenheit gibt, diese durch die Erfüllung der Forderung abzuwenden (Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 15).

Die Mahnung ist die an den Schuldner gerichtete, empfangsbedürftige Aufforderung des Gläubigers, die geschuldete Leistung endlich zu erbringen. Sie ist keine Willenserklärung, sondern eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, da die durch sie ausgelösten Rechtsfolgen kraft Gesetzes und nicht aufgrund des Willens des Gläubigers eintreten. Nach ganz herrschender Meinung werden aber auf die Mahnung die Vorschriften über Willenserklärungen, insbesondere die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, die Stellvertretung, die Auslegung und den Zugang, entsprechend angewandt (BGH NJW 1987, 1546, 1547; MüKo/Ernst, § 286 Rdnr. 46). Das bedeutet beispielsweise, dass die von einem Geschäftsunfähigen abgegebene Mahnung entsprechend § 105 BGB unwirksam ist, während die Mahnung eines beschränkt Geschäftsfähigen, da lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB, wirksam ist.

Die Mahnung kann ihren Zweck, den Schuldner zu warnen und zur ordnungsgemäßen Leistung zu bewegen, nur erfüllen und ist daher nur wirksam, wenn sie eindeutig und bestimmt ist. Das setzt insbesondere voraus, dass sie ihrem Wortlaut nach den Schuldner unmissverständlich zur Leistung auffordert

(er“mahnt“). Dies ist etwa bei Schreiben, in denen der Gläubiger dem Schuldner mitteilt, dass er „der Ankunft der Leistung gerne entgegensehe“ oder dass er „für eine Mitteilung darüber, wann er die Leistung erwarten dürfe, sehr dankbar wäre“ vom Reichsgericht verneint worden (RGZ 93, 300, 301 f.).

Eine wirksame Mahnung muss jedoch nicht nur eindeutig und bestimmt sein, sondern sich selbstverständlich auch auf die geschuldete Leistung beziehen. Daher ist eine Mahnung, mit der der Gläubiger etwas anderes als die geschuldete Leistung verlangt, unwirksam (MüKo/Ernst, § 286 Rdnr. 50). Fraglich ist jedoch, ob bereits in einer Zuvielforderung (pluspetitio) ein solches Verlangen einer nicht geschuldeten Leistung zu sehen ist. Rechtsprechung und herrschende Lehre wollen dies nicht allgemein, sondern am Einzelfall entscheiden. Dabei soll es darauf ankommen, ob der Schuldner der Mahnung durch Auslegung entsprechend §§ 133, 157 BGB eine Aufforderung zur Erbringung der tatsächlich geschuldeten Leistung entnehmen konnte. Dies soll dann in Betracht kommen, wenn für den Schuldner erkennbar ist, welche Leistung von ihm verlangt wird, und wenn der Gläubiger außerdem bereit ist, auch die Minderleistung anzunehmen. Die Zuvielforderung soll dagegen zur Unwirksamkeit der Mahnung führen, wenn der geforderte Betrag unverhältnismäßig hoch ist, wenn der Gläubiger auf der Zuvielforderung besteht oder wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, den tatsächlich geschuldeten Betrag zu berechnen (vgl. Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 29 m.w.N.). Umgekehrt kann es aber auch zu einer Zuwenigforderung kommen. Sie führt nach der Rechtsprechung des BGH nur zum Verzug in Höhe des gemahnten Betrages (BGH NJW 1982, 1983, 1985). Gegenüber dieser Rechtsprechung wird aber in der Literatur kritisch eingewandt, dass der Schuldner im Einzelfall auch eine Zuwenigforderung entsprechend §§ 133, 157 BGB als Forderung zur Begleichung der gesamten Forderung auslegen kann (Soergel/Wiedemann, § 284 Rdnr. 27).

Die Mahnung muss grundsätzlich beziffert sein. Eine unbezifferte Mahnung kann jedoch ausnahmsweise wirksam sein. Der BGH hat dies für den Schmerzensgeldanspruch gemäß § 847 BGB (heute § 253 Abs. 2 BGB) anerkannt, wenn der Gläubiger dem Schuldner in seinem Leistungsverlangen ausreichend konkrete Tatsachen zur Berechnung der Forderungshöhe mitgeteilt hat (vgl. Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 17). Praktisch besonders relevant sind die Fälle, in denen dem Gläubiger neben seinem Hauptanspruch noch ein fälliger Auskunftsanspruch zusteht, der dazu dient, ihm die Berechnung der Anspruchshöhe überhaupt erst zu ermöglichen. Ein typisches Beispiel hierfür ist der Pflichtteilsanspruch (§ 2305 BGB), dessen Höhe der Pflichtteilsberechtigte regelmäßig erst durch Auskunft des Erben über den Bestand des Nachlasses ermitteln kann. Zu dieser Auskunft ist der Erbe dem Pflichtteilsberechtigten nach

§ 2314 Abs. 1 BGB verpflichtet. Kommt es zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigtem über die Höhe des Pflichtteilsanspruches zum Streit, so kann der Pflichtteilsberechtigte im Wege der Stufenklage gemäß § 254 ZPO gegen den Erben vorgehen, indem er die Klage auf Zahlung des (noch unbestimmten) Pflichtteils mit einer Klage auf Vorlegung eines Verzeichnisses der Nachlassgegenstände verbindet (§§ 2314 Abs. 1, 260 BGB) und nach Vorlage des Verzeichnisses den Zahlungsanspruch der Höhe nach bestimmt. Würde man eine unbezifferte Mahnung beim Pflichtteilsanspruch nicht zulassen, dann könnte der Erbe durch Verzögerung der Auskunft über den Nachlassbestand den Beginn des Verzuges mit dem Pflichtteilsanspruch treuwidrig hinauszögern. Der Pflichtteilsberechtigte würde dann praktisch zur Erhebung der Stufenklage (§ 254 ZPO) gezwungen, da hier - anders als bei der Zahlungsaufforderung - ein unbeziffertes Klageantrag zulässig wäre. Um dieses unsinnige Ergebnis zu vermeiden, ließ der BGH eine unbezifferte Mahnung dann zu, wenn dem Gläubiger zugleich ein fälliger Auskunftsanspruch zusteht und der Gläubiger den Schuldner mit der Aufforderung zur Erfüllung des Pflichtteilsanspruches in noch unbestimmter Höhe zugleich zur Erfüllung seines Auskunftsanspruches auffordert (BGHZ 80, 269, 276 f.). In Anlehnung an die Stufenklage spricht man hier von einer „Stufenmahnung“ entsprechend § 254 ZPO (OLG Düsseldorf, NJW 1993, 1079, 1080). Die unbezifferte Stufenmahnung ist über den Pflichtteilsanspruch hinaus auch im Unterhaltsrecht anerkannt (so OLG Düsseldorf aaO.).

Schließlich setzt eine wirksame Mahnung nach dem eindeutigen Wortlaut des § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB voraus, dass sie nach dem Eintritt der Fälligkeit erklärt wird. Eine vor der Fälligkeit der Forderung erklärte Mahnung ist unwirksam. Allerdings darf die Mahnung nach allgemeiner Ansicht mit den die Fälligkeit der Forderung erst herbeiführenden Handlungen (z.B. Kündigung des Darlehens) zusammen fallen, da alles andere reiner Formalismus wäre (Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 20). Ebenso gestattet die Rechtsprechung dem Gläubiger, bei Sukzessivlieferungsverträgen und laufenden Unterhaltsleistungen die Mahnung bereits auf die zukünftigen (noch nicht fälligen) Raten zu erstrecken, wenn dies nur deutlich genug aus der Mahnung hervorgeht. Damit wird das wenig praktikable Ergebnis vermieden, dass der Gläubiger die Mahnung nach Fälligkeit jeder neuen Rate wiederholen muss. Bei Unterhaltsansprüchen wirkt die Mahnung jedoch nur so lange fort, wie sich die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse nicht nachhaltig verändern (vgl. Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 21 und 22).

*b. Entbehrlichkeit der Mahnung*

*i. Kalendermäßige Bestimmung der Leistungszeit*

Die nach § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB für den Schuldnerverzug regelmäßig erforderliche Mahnung kann nach § 286 Abs. 2 BGB ausnahmsweise entbehrlich sein. Praktisch besonders bedeutsam ist dabei § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB, wonach die Mahnung entbehrlich ist, wenn die Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt ist („dies interpellat pro homine“: Der Termin mahnt für den Menschen). Bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „kalendermäßigen Bestimmung“ der Leistungszeit ist es sinnvoll, sich den Zweck der Mahnung nochmals vor Augen zu halten: Sie soll den Schuldner an seine Leistungspflicht erinnern und ihn vor den negativen Folgen der Leistungsverzögerung warnen. Wenn der Gesetzgeber dies bei der kalendermäßigen Bestimmung der Leistungszeit für entbehrlich hält, so muss er davon ausgehen, dass der Schuldner in diesen Fällen weniger schutzwürdig ist, da er ohnehin über die Leistungszeit nicht im Zweifel sein kann. Das ist dann der Fall, wenn sich die vertraglich oder gesetzlich bestimmte Leistungszeit allein mit Hilfe des Kalenders bestimmen lässt. Es ist aber auch dann der Fall, wenn die Leistungszeit zwar unter Bezugnahme auf ein künftiges, zeitlich ungewisses Ereignis festgelegt ist, von dem Ereignis an aber eine kalendermäßige Bestimmung möglich ist. Das bestimmt jetzt ausdrücklich § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB und macht damit die Rechtsprechung des BGH obsolet, nach der die kalendermäßige Bestimmung der Leistungszeit verneint wurde bei der Bestimmung „160 Tage nach dem tatsächlichen Arbeitsbeginn“ (vgl. BGH NJW 1986, 2049, 2050).

Eine die Mahnung entbehrlich machende kalendermäßige Bestimmung der Leistungszeit liegt vor, wenn ein Kalendertag unmittelbar oder mittelbar bezeichnet ist. Von einer unmittelbaren Bezeichnung ist auszugehen, wenn ein Kalendertag ausdrücklich benannt („1. Januar 2011“) oder doch unmissverständlich umschrieben ist („Zahlung am ersten Werktag des Monats“). Eine mittelbare Bezeichnung eines Kalendertages liegt dagegen vor, wenn die Leistung eine bestimmte Zeit nach einem feststehenden Termin zu erfolgen hat („am 9. Tag von heute ab“) (vgl. RGZ 103, 33, 34). Eine kalendermäßige Bestimmung der Leistungszeit ist auch dann zu bejahen, wenn der Schuldner die Leistung innerhalb eines festgelegten Zeitraumes erbringen kann, dessen Ende eindeutig bestimmt ist (z.B.: „Lieferung bis Ende Mai“; Verzug tritt dann am 1. Juni ein).

§ 286 Abs. 2 Nrn. 3 und 4 BGB regelt zwei weitere Fälle der Entbehrlichkeit der Mahnung, die bis zum 31.12.2001 gesetzlich nicht geregelt waren und dennoch als Entwicklungen der Rechtsprechung zum geltenden Recht gehörten.

*ii. Endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung*

Nach ständiger Rechtsprechung ist die Mahnung nach § 242 BGB entbehrlich, wenn der Schuldner endgültig und ernstlich die Erfüllung verweigert, indem er sich etwa vom Vertrag lossagt oder die Nichtigkeit des Vertrages behauptet, da das Beharren auf der Mahnung in diesen Fällen zwecklose Förmerei wäre (BGHZ 2, 310, 312; 65, 372, 377). Diesen Fall hat der Gesetzgeber als Nr. 3 in das Gesetz aufgenommen.

*iii. Selbstmahnung*

Eine Selbstmahnung liegt vor, wenn der Schuldner die Leistung für einen bestimmten Zeitpunkt verspricht oder erklärt, dass die Ware bereits unterwegs sei und dadurch den Gläubiger von der Mahnung abhält. Beruft sich ein Schuldner, der sich in diesem Sinne selbst gemahnt hat, später auf die fehlende Mahnung, so verhält er sich treuwidrig. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner den Gläubiger durch die wahrheitswidrige Behauptung, er habe bereits geleistet, von der Mahnung abhält. Die gesetzliche Grundlage für die Entbehrlichkeit der Mahnung in diesem Fall ist jetzt Nr. 4.

*iv. Besondere Erfüllungsdringlichkeit*

Eine Mahnung ist auch dann nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB entbehrlich, wenn sich die besondere Dringlichkeit der Leistung für den Gläubiger aus dem Vertragsinhalt ergibt (§§ 133, 157 BGB). Der BGH hat dies z.B. im Falle eines Werkvertrages bejaht, bei dem der Unternehmer dem Besteller die möglichst schleunige Ausbesserung eines Schiffsmotors versprochen hat, da der Besteller während der Reparaturzeit nichts verdiente, während die Kosten weiterliefen. Er hat die Entbehrlichkeit der Mahnung nach § 242 BGB mit dem Zweck der Mahnung begründet, dem Schuldner vor Augen zu führen, dass das Ausbleiben seiner Leistung Folgen haben werde und ihn daher zur sofortigen Leistung zu veranlassen. Dieser mit der Mahnung verfolgte Zweck werde aber bei besonderer Erfüllungsdringlichkeit bereits dadurch erreicht, dass der Schuldner sich auf Grund des Vertragsinhaltes ohnehin darüber klar sei, dass er die Folgen der Leistungsverzögerung auf sich nehmen müsse (BGH NJW 1963, 1823, 1824).

„Schulfall“ für diese Fallgruppe ist der Anruf bei einem Handwerker wegen eines Wasserrohrbruches.

### *v. Fur semper in mora*

Gemäß dem Rechtsgrundsatz *fur semper in mora* („Der Dieb ist immer in Verzug“), nach dem der Täter einer unerlaubten Handlung einer besonderen Aufforderung zur Rückgabe der durch einen rechtswidrigen Eingriff erlangten Sache nicht bedarf, ist eine Mahnung dann entbehrlich, wenn der Schuldner zur Herausgabe einer Sache aus Delikt verpflichtet ist. Die §§ 848, 849 BGB, die einige Verzugsfolgen ohne Mahnung eintreten lassen, stehen nach herrschender Meinung einer solchen auf elementaren Gerechtigkeitserwägungen basierenden Wertung nicht entgegen (Palandt/Grüneberg, § 286 Rdnr. 25; MüKo/Ernst, § 286 Rdnr. 69; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 43).

Da § 286 BGB dispositiv ist, können die Parteien auf die Mahnung verzichten. Ein solcher Verzicht kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Ein konkludenter Verzicht auf die Mahnung ist etwa anzunehmen, wenn die Parteien vereinbaren, dass an die Stelle der Mahnung eine andere Handlung des Gläubigers treten soll. Dies ist z.B. bei Vereinbarung der im internationalen Handelsverkehr gebräuchlichen Klausel „Kasse gegen Dokumente“ („cash against documents“) der Fall, bei der an die Stelle der Mahnung die Vorlage der Dokumente durch den Gläubiger =Verkäufer) tritt, sodass der vorleistungspflichtige Schuldner =Käufer), wenn er bei Vorlage der Dokumente nicht zahlt, in Verzug gerät (Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 44; BGH NJW 1987, 2435, 2436). Allerdings kann die Mahnung als Verzugsvoraussetzung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 309 Nr. 4 Var. 1 BGB nicht zu Gunsten des Verwenders abbedungen werden.

### *c. Entgeltforderungen*

Bei Entgeltforderungen (= Geldforderungen, die als Gegenleistung in einem synallagmatischen Vertrag vereinbart worden sind) ist keine Mahnung mehr erforderlich (vgl. zum Begriff der Geldforderung: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, S. 91). Hier hebt der Gesetzgeber in Abs. 3 des § 286 BGB auf den Zugang einer Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung ab. Für die Rechnung oder die Zahlungsaufforderung müssen aber ähnliche Bestimmtheitsgrundsätze gelten, wie sie die Rechtsprechung für die Mahnung entwickelt hat. Die oben angeführten Grundsätze über die Wirksamkeit von Mahnungen bei Zuvielforderungen gelten entsprechend für überhöhte Rechnungen und Zahlungsaufforderungen. Ferner löst die Rechnung

den Verzug gegenüber einem Verbraucher (§ 13 BGB) nur dann aus, wenn dieser auf die verzugsauslösenden Rechtsfolgen in der Rechnung hingewiesen worden ist (§ 286 Abs. 3 S. 1 BGB a.E.). Da eine den vorstehend geschilderten Anforderungen genügende Rechnung gemäß § 286 Abs. 3 S. 1 1. HS BGB den Schuldnerverzug erst auslöst, wenn der Schuldner nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und ihrem Zugang leistet, bleibt es dem Gläubiger auch bei Entgeltforderungen unbenommen, durch Mahnung den Verzugsseintritt zeitlich früher herbeizuführen. Ferner kommt auch bei Entgeltforderungen der Schuldner vor Verstreichen der 30-Tagesfrist in Verzug, wenn die Voraussetzungen für eine Entbehrlichkeit der Mahnung gemäß § 286 Abs. 2 BGB erfüllt sind (vgl. Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, S. 93). Dies stellt das Gesetz durch das Wörtchen „spätestens“ klar.

#### **4. Verschulden**

Der Schuldnerverzug ist gemäß § 286 Abs. 4 BGB ausgeschlossen, wenn der Schuldner die Leistungsverzögerung nicht zu vertreten hat. Was der Schuldner zu vertreten hat, ergibt sich aus §§ 276 bis 278 BGB. Damit hat sich der Gesetzgeber auch beim Schuldnerverzug für das Verschuldensprinzip in der besonderen Ausprägung entschieden, dass das Verschulden nicht Voraussetzung für den Verzug ist, sondern das Nichtverschulden den Eintritt des Verzuges hindert. Der Schuldner befindet sich daher stets im Verzug, wenn die Voraussetzungen des § 286 Abs. 1 bis 3 BGB vorliegen und er nicht beweisen kann, dass er oder ein Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) die Leistungsverzögerung weder vorsätzlich noch fahrlässig herbeigeführt hat. Als Entschuldigungsgründe, die ein Verschulden ausschließen und den Eintritt des Verzuges hindern, kommen insbesondere in Betracht:

**Zufällige vorübergehende Unmöglichkeit:** Der Schuldner hat die Leistungsverzögerung nicht zu vertreten, wenn er durch unerwartete und außerhalb seiner Person liegende Umstände vorübergehend an der Leistung gehindert wird. Man spricht in diesen Fällen zufälliger übermäßiger Leistungsschwerung von höherer Gewalt. Beispiele hierfür sind Betriebsstilllegungen oder Verkehrsbehinderungen, die auf einem Krieg oder einer Umweltkatastrophe beruhen. Der Entschuldigungsgrund der höheren Gewalt wird aber regelmäßig nur dann eingreifen, wenn das Leistungshindernis für den Schuldner bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar war. Ebenso hat der Schuldner unverschuldete bei Vertragsschluss nicht vorhersehbare persönliche Gründe nicht zu vertreten. Dies gilt insbesondere für schwere Erkrankungen des Schuldners, wenn sie nicht von diesem selbst willentlich herbeigeführt wurden und die Leistungserbringung



von der persönlichen Mitwirkung des Schuldners abhängt (vgl. zum Ganzen: Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 VI 1).

**Unverschuldete Unkenntnis der Person und/oder der Anschrift des Gläubigers:** Dieser Entschuldigungsgrund liegt etwa dann vor, wenn der Gläubiger seinen Wohnsitz gewechselt hat, ohne den Schuldner darüber zu unterrichten oder wenn die Forderung durch Abtretung oder infolge eines Erbfalltes auf einen anderen als den bisherigen Gläubiger übergegangen ist und der Schuldner über Anschrift und/oder Person des neuen Gläubigers nicht informiert worden ist. Es ist nämlich grundsätzlich nicht Sache des Schuldners, Ermittlungen über Person und/oder Adresse des Gläubigers anzustellen (Soergel/Wiedemann, § 285 Rdnr. 6).

**Tatsachen- oder Rechtsirrtum:** Irrt sich der Schuldner über die tatsächlichen Voraussetzungen seiner Leistungspflicht (Tatsachenirrtum), ohne dabei Sorgfaltspflichten zu verletzen, dann gerät der Schuldner unstreitig nicht in Verzug. Dies wäre z.B. anzunehmen, wenn der Schuldner einen gegen ihn gerichteten Schadensersatzanspruch auf Grund unvollständiger Angaben des Gläubigers über den Schadensumfang der Höhe nach falsch berechnet. Nicht entschuldigt dagegen wäre z.B. ein Irrtum des Schuldners über seine Leistungspflicht, der darauf beruht, dass dieser sich den Vertragstext nicht ordentlich durchgelesen hat. Beruht die Leistungsverzögerung darauf, dass der Schuldner die Rechtslage zu seinen Gunsten falsch beurteilt hat (Rechtsirrtum), so ist das Vertretenmüssen problematisch. Die Rechtsprechung erkennt den Rechtsirrtum als Entschuldigungsgrund zwar grundsätzlich an, hat aber in den Einzelheiten noch zu keiner klaren Linie gefunden. Dabei stehen sich Urteile und Stellungnahmen in der Literatur, die einen entschuldigenden Rechtsirrtum erst dann bejahen, wenn der Schuldner bei Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einem Obsiegen in einem Rechtsstreit rechnen durfte und solche, die einen entschuldigenden Rechtsirrtum bei verwickelter Rechtslage bereits dann bejahen, wenn der Standpunkt des Schuldners vertretbar war, unversöhnlich gegenüber (Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 VI 2 a). Für das Zivilrecht weitgehend anerkannt ist lediglich, dass derjenige, der sich auf eine gefestigte Rechtsprechung verlässt, nicht schuldhaft handelt und insbesondere nicht damit rechnen muss, dass diese Rechtsprechung sich ändern wird (Emmerich aaO.).

Jeder Schuldner hat allgemein jede Leistungsverzögerung zu vertreten, die nur darauf beruht, dass er einen finanziellen Engpass hat. Man könnte auch salopp formulieren: „Geld hat man zu haben!“ (Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 16 Rdnr. 65; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1: Allgemeiner Teil, § 23 I b (S. 348)).

## 5. Verzug im Synallagma

Das frühere Recht kannte eigene Regeln und eigene Anspruchsgrundlagen für den Verzug bei gegenseitigen Verträgen. Das am 1.1.2002 in Kraft getretene Recht kommt ohne solche Regeln aus.

Die Voraussetzungen für das Rücktrittsrecht in einem gegenseitigen Vertrag sind nach § 323 Abs. 1 BGB:

- das Bestehen einer – nicht notwendig im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden - Leistungsverpflichtung;
- die Fälligkeit der Leistungsverpflichtung;
- die Setzung einer angemessenen Frist zur Leistung oder Nacherfüllung;
- das Ausbleiben der Leistung insgesamt oder der vertragsgemäßen Leistung oder der Nacherfüllung innerhalb der gesetzten Frist.

Im Unterschied zum früheren Recht muss der Schuldner sich nicht im Verzug befinden. Das wird er zwar regelmäßig durch die Leistungsaufforderung mit Fristsetzung. Dem Verzug aber würde der Schuldner durch den Nachweis entgehen, dass er die Verzögerung nicht zu vertreten hat (§ 286 Abs. 4 BGB). Das Rücktrittsrecht besteht dagegen unabhängig vom Vertretenmüssen. Es ist nur ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, oder wenn der Gläubiger sich im Falle eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstands im Verzug der Annahme befindet (§ 323 Abs. 6 BGB).

Der Gläubiger muss auch nicht mehr wie im früheren Recht die Fristsetzung mit einer Ablehnungsandrohung verbinden. Die Fallstricke des § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. sind abgeschafft. Es genügt die einfache Setzung einer angemessenen Frist.

Dies kann vor dem Hintergrund des Zwecks der Nachfristsetzung nicht bedeuten, dass ein bisher nicht leistungswilliger Schuldner für seine Vertragsverletzung noch belohnt wird, indem der Gläubiger diesem Schuldner noch Gelegenheit gewähren müsste, nun erst die Bewirkung der Leistung in die Wege zu leiten, indem er seine Leistung jetzt erst insgesamt herstellt oder überhaupt erst vorbereitet. Vielmehr soll dem Schuldner nur eine letzte Möglichkeit zur Vertragserfüllung eröffnet werden, sodass eine Frist schon dann angemessen ist, wenn sie dem Schuldner die Gelegenheit bietet, seine im Wesentlichen schon vorbereitete Leistung nunmehr zu erbringen (RGZ 89, 123, 125; BGH NJW 1982, 1279, 1280; 1985, 320, 323; 855,

857; ebenso für das neue Recht: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, S. 188). Im Streitfall entscheidet dann das Gericht, ob die vom Gläubiger gesetzte Nachfrist angemessen ist. Bei dieser Entscheidung hat das Gericht die Interessen des Schuldners an einer nachträglichen Vertragserfüllung und des Gläubigers an einer möglichst pünktlichen Erfüllung in gleicher Weise zu beachten. Dabei gilt als allgemeiner Maßstab, dass die Frist umso kürzer sein darf, je dringender nach den vertraglichen Abreden das Interesse des Gläubigers an einer raschen und pünktlichen Erfüllung ist oder je länger der Schuldner sich bereits in Verzug befindet (MüKo/Ernst, § 323 Rdnr. 70; BGH NJW 1982, 1279, 1280).

Verfährt der Gläubiger bei der Fristbestimmung redlich, erklärt er sie also nicht nur zum Schein oder um eine kurzfristige Verlegenheit des Schuldners auszunutzen, so wäre es unbillig, eine zu kurze Nachfristsetzung als unwirksam anzusehen und ihm damit das Risiko aufzubürden, dass das Gericht die von ihm vorgenommene Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „angemessen“ billigt. Das würde im Ergebnis nämlich darauf hinauslaufen, dass der Gläubiger gut beraten wäre, wenn er die Frist entgegen seinen berechtigten Interessen etwas zu großzügig bestimmen würde, da er dann immer auf der sicheren Seite wäre. Daher hat schon das Reichsgericht es als „eine im Interesse aller Beteiligten liegende und statthafte Ergänzung der von ihm abgegebenen Willenserklärung“ angesehen, wenn seiner zu kurzen Fristbestimmung „die Wirkung beigelegt wird, dass er bereit sei, die ausstehende Leistung innerhalb derjenigen Frist vorzunehmen, die nach Lage der Sache als die angemessene zu gelten hat“ (RGZ 56, 231, 234 f.). Auf der dogmatischen Basis der ergänzenden Auslegung der Fristsetzungserklärung wird somit bei der Bestimmung einer zu kurzen Nachfrist durch den redlich handelnden Gläubiger eine angemessene Nachfrist in Gang gesetzt (Palandt/Heinrichs, § 326 Rdnr. 17). Die Gerichte kommen dem Gläubiger auch insoweit entgegen, als sie es zulassen, dass dem Schuldner einfach eine „angemessene“ Frist gesetzt wird, da sie im Streitfall ohnehin darüber entscheiden, welche Frist angemessen ist (MüKo/Ernst, § 323 Rdnr. 77 f.).

Wird mithin eine unangemessen kurze Frist bestimmt, so ist die Fristsetzung nicht unwirksam. Sie setzt auch nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine angemessene Frist in Gang (Regierungsentwurf BT-Drucks. 14/6040, S. 138).

Ein weiterer Unterschied zum früheren Recht liegt in den Rechtsfolgen. Der Erfüllungsanspruch ist nicht mit dem Ablauf der Frist ausgeschlossen, sondern erst mit der Ausübung des Rücktrittsrechts.

§ 323 Abs. 2 BGB erklärt die Fristsetzung in bestimmten Fällen für entbehrlich. Inhaltliche Änderungen gegenüber dem früheren Recht sind darin nicht enthalten.

Nr. 1 positiviert die anerkannte Rechtspraxis, dass eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung die Fristsetzung entbehrlich mache. Nr. 2 normiert diese Folge für das relative Fixgeschäft, macht damit die Auslegungsregel des früheren Rechts entbehrlich und verwandelt das früher vertraglich gedachte Rücktrittsrecht in ein gesetzliches Rücktrittsrecht. Nr. 3 hebt in einer Art Auffangtatbestand auf besondere Umstände ab, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen (vgl. zur Auslegung dieser „Gummiklausel“: Faust/Huber, Schuldrechtsmodernisierung, S. 190. Das ist eine Verdoppelung dessen, was nach früherem Recht als Gebot von Treu und Glauben galt.

Schließlich ist es für die Auslösung des Rücktrittsrechts noch erforderlich, dass die Fristsetzung erfolglos war, die Leistung also nicht rechtzeitig vor Ablauf der Frist bewirkt worden ist. Dabei ist fraglich und umstritten, ob es für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit der Leistung auf den Zeitpunkt der Vornahme der Leistungshandlung oder auf den Zeitpunkt des Eintritts des Leistungserfolges ankommt. Wenn man bedenkt, dass man bei der Auslegung des § 362 Abs. 1 BGB unter „Bewirkung der Leistung“ die Herbeiführung des Leistungserfolges versteht und dass das Abstellen auf den Zeitpunkt der Leistungshandlung den Gläubiger benachteiligt, da er etwa im Falle einer Schickschuld noch eine gewisse Zeit über die rechtzeitige Leistung des Gläubigers im Unklaren gelassen wird, so spricht Einiges dafür, auf den Eintritt des Leistungserfolges abzustellen. Dennoch stellten der BGH und die ganz herrschende Meinung in der Literatur schon zum alten Recht auf den Zeitpunkt der Vornahme der Leistungshandlung ab, da man vom Schuldner für die Abwendung der Rechtsfolge des § 323 Abs. 1 BGB nicht mehr verlangen könne, als das seinerseits zur Leistung Erforderliche zu tun, und dies sei nun einmal die Vornahme der Leistungshandlung, also etwa im Falle einer Schickschuld (z.B. Versendungskauf) die rechtzeitige Absendung der Ware (BGHZ 12, 367, 369; MüKo/Ernst, § 323 Rdnrn. 84 f.).

Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann nach § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB der Gläubiger von dem gesamten Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Diese Regelung galt auch schon im früheren Recht. Durch die Neufassung steht allerdings jetzt auch Kraft gesetzlicher Anordnung fest, dass der Gläubiger nicht vor die Entscheidung gestellt ist, am gesamten Vertrag festzuhalten oder vom gesamten Vertrag zurückzutreten. Er darf auch den Teilrücktritt wählen.

## 6. Verzugsfolgen

### *a. Ersatz des Verzögerungsschadens gemäß § 280 Abs. 1 und 2 BGB*

Entsteht dem Gläubiger infolge der verzögerten Leistung ein Schaden, so kann er diesen nach § 280 Abs. 1 und 2 BGB ersetzt verlangen. Dabei ist es grundsätzlich gleichgültig, aus welchem Schuldverhältnis (im weiteren Sinne) die Forderung stammt, mit der der Schuldner in Verzug geraten ist, da § 280 Abs. 1 und 2 BGB grundsätzlich auf Forderungen jeder Art, also auch auf Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen oder aus sachen-, familien- und erbrechtlichen Tatbeständen, anwendbar ist. Der Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens nach § 280 Abs. 1 und 2 BGB tritt neben den fortbestehenden Erfüllungsanspruch und ist daher auch streng vom Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens (Schadensersatz statt der Leistung) nach § 281 Abs. 1 BGB zu unterscheiden, der gerade an die Stelle des Erfüllungsanspruchs tritt und damit im Falle eines vertraglichen Schuldverhältnisses zur Vertragsliquidierung führt.

Als Verzögerungsschaden gemäß § 280 Abs. 1 und 2 BGB ist dem Gläubiger der gesamte auf die Verzögerung zurückzuführende Schaden zu ersetzen. Der Schuldner braucht diesen Schaden nicht schuldhaft herbeigeführt zu haben. Das Vertretenmüssen spielt lediglich für die Pflichtverletzung (die nicht rechtzeitige Leistung) als solche eine Rolle (§§ 280 Abs. 1 Satz 2, § 286 Abs. 4 BGB). Aus diesem Grunde ist es auch gleichgültig, ob der Schuldner die Entstehung des Schadens vorhersehen konnte oder nicht. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruches richten sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 249 bis 255 BGB (RGZ 107, 149, 150): Der Gläubiger ist also so zu stellen, wie er bei rechtzeitiger Erfüllung des Schuldners stehen würde, wobei bei dem Vergleich der gegenwärtigen, tatsächlichen Vermögenslage des Schuldners mit seiner hypothetischen Vermögenslage bei der gegenwärtigen Vermögenslage die Erfüllung des Anspruchs, wenn sie nicht bereits erfolgt ist, hinzugedacht werden muss.

Die nach § 249 Abs. 1 BGB grundsätzlich zu leistende Naturalrestitution wird aber praktisch nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen, sodass der Verzögerungsschaden regelmäßig gemäß § 251 Abs. 1 BGB in Geld zu ersetzen sein wird. Ein besonders einprägsames Beispiel für eine solche ausnahmsweise in Betracht kommende Naturalrestitution stellt der in RGZ 131, 158 ff. geschilderte Fall dar, in dem der Eigentümer eines Grundstückes, der dem Eigentümer eines benachbarten Rittergutes ein Wegerecht an seinem Grundstück eingeräumt hatte, sich diesem gegenüber auch vertraglich zur Instandhaltung dieses Weges

verpflichtet hatte und dieser Unterhaltungspflicht nicht nachgekommen war, sodass der Weg infolge des Verzuges derart beeinträchtigt worden war, dass er anders als durch Pflasterung nicht mehr in einen dem früheren Zustand entsprechenden Zustand versetzt werden konnte. In diesem Fall hat das Reichsgericht dem Gläubiger als Ersatz des Verzögerungsschadens Naturalrestitution zugebilligt (RGZ 131, 158, 178).

Im Einzelnen kann der Gläubiger als Ersatz des Verzögerungsschadens insbesondere die folgenden Schadenspositionen geltend machen:

**Entgangener Gewinn (§ 252 BGB):** Der Gläubiger kann nach §§ 280 Abs. 1 und 2, 252 BGB den entgangenen Gewinn verlangen, den er aus einem beabsichtigten, infolge des Verzuges aber nicht realisierten, Geschäft gezogen hätte. Dies geht nach der Auffassung des BGH sogar so weit, dass dem Gläubiger auch der entgangene Gewinn aus solchen Geschäften (wie z.B. Spekulationsgeschäften in Aktien) zu ersetzen ist, zu denen er sich erst während des Verzuges entschlossen hat, und die er durchgeführt haben würde, wenn er über den geschuldeten Gegenstand hätte verfügen können (BGH NJW 1983, 758).

**Nutzungsausfall:** Seit der Entscheidung des Großen Zivilsenats des BGH (BGHZ 98, 212) steht für die Praxis fest, dass entgangene Gebrauchsvorteile nur dann ersetzt werden können, wenn es sich um Wirtschaftsgüter von zentraler Bedeutung für die Lebensführung handelt.

**Kosten der Rechtsverfolgung:** Muss der Gläubiger infolge des Verzuges Maßnahmen der Rechtsverfolgung einleiten, so kann er die ihm dadurch entstandenen Kosten als Verzögerungsschaden ersetzt verlangen, wenn die Maßnahmen im Zeitpunkt ihrer Einleitung („ex ante“) sachdienlich erscheinen. Die dem Gläubiger durch die Verzug begründende Erstmahnung entstandenen Kosten sind dagegen nicht nach § 280 Abs. 1 und 2 BGB erstattungsfähig, weil sie noch nicht durch den Schuldnerverzug verursacht sind. Die Kosten einer auf die Erstmahnung folgenden Erinnerungsmahnung sind dagegen aus § 280 Abs. 1 und 2 BGB zu ersetzen. Beauftragt der Gläubiger bei Fruchtlosigkeit der Erstmahnung einen Rechtsanwalt, so stellen die dann anfallenden Anwaltskosten einen Verzögerungsschaden dar, da die Beauftragung eines Anwaltes eine adäquate Folge der Nichtleistung des Schuldners darstellt und es dem Gläubiger nicht zugemutet werden kann, die weitere Rechtsverfolgung selbst zu betreiben. Entscheidet sich der Gläubiger statt dessen für die Beauftragung eines Inkassobüros, das für den Gläubiger die Forderung einziehen soll, dann sind statt der Anwaltskosten die Kosten des Inkassobüros als Rechtsverfolgungskosten zu ersetzen, soweit sie nicht die Sätze der gesetzlichen Gebührenregelung für Rechtsanwälte übersteigen. Diese

Begrenzung folgt aus der Schadensminderungspflicht des Gläubigers, die es nicht zulässt, dass dem Gläubiger ein teurerer Service erstattet wird, den zahlreiche Anwälte billiger anbieten. Umstritten ist, ob der Gläubiger, der weder Anwalt noch Inkassobüro einschaltet, den eigenen Zeitaufwand als Verzögerungsschaden geltend machen kann. Der BGH lehnt dies mit der Begründung ab, die sich im Rahmen des Üblichen haltenden Bemühungen des Gläubigers um die Durchsetzung eines Anspruches gehörten zu dessen eigenen Obliegenheiten und damit zum allgemeinen Lebensrisiko, das jeder selbst zu tragen habe (BGH NJW 1976, 1256, 1257). Demgegenüber wendet eine Ansicht in der Literatur ein, es gehe hier allgemeiner um die Frage, ob der Einsatz der eigenen Freizeit und Arbeitskraft einen Vermögensschaden oder einen nach § 253 BGB nicht ersatzfähigen Nichtvermögensschaden darstellt und plädiert dafür, dem Verlust von Freizeit Vermögenswert zuzumessen. Dafür spricht hier in der Tat, dass es unter dem Aspekt der Schadensminderungspflicht kaum einleuchten will, wenn man den Gläubiger, der sich selbst bemüht und damit die Kosten der Rechtsverfolgung niedrig hält, schlechter stellt als denjenigen, der einen Anwalt oder ein Inkassobüro einschaltet (vgl. J. Schmidt, NJW 1976, 1932, 1933).

#### *b. Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen*

Der Gläubiger einer Geldschuld kann gemäß § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB im Falle des Schuldnerverzuges Verzugszinsen als Mindestverzögerungsschaden verlangen. Der Zinssatz liegt bei fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz. Den Basiszinssatz bestimmt § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB mit 3,62%. Das ist allerdings keine fest stehende, sondern eine veränderliche Größe. Sie wird verändert in Abhängigkeit von Festsetzungen der Europäischen Zentralbank. Die Deutsche Bundesbank gibt den jeweils geltenden Satz im Bundesanzeiger bekannt und hält Informationen über den Basiszinssatz auch im Internet vor. Zur Zeit (12. Mai 2011) beträgt der Basiszinssatz 0,12%. Nach § 288 Abs. 2 BGB werden Schuldner von Entgeltforderungen, die keine Verbraucher sind, noch stärker belastet. Für sie beträgt der Zinssatz acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

Der Sinn der Vorschrift des § 288 Abs. 1 und 2 BGB als gegenüber § 280 Abs. 1 und 2 BGB eigenständiger Anspruchsgrundlage liegt darin, dass sie den Gläubiger einer Geldschuld vom Nachweis eines Schadens oder der Kausalität der Leistungsverzögerung für die Schadensentstehung befreit, indem sie die unwiderlegbare Vermutung aufstellt, dass dem Gläubiger ein Mindestschaden in Höhe der Verzugszinsen entstanden ist (BGHZ 74, 231, 235). Dabei trifft die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift den Schuldner jeder Geldschuld, selbst wenn es sich bei ihr um ein zinsloses Darlehen handelt (BGH aaO.) - lediglich für die Schenkung macht § 522

BGB eine Ausnahme. Nach § 288 Abs. 3 BGB wird die Verpflichtung des Schuldners, aus einem anderen Rechtsgrund höhere Zinsen zu zahlen, durch § 288 Abs. 1 und 2 BGB nicht verdrängt. Dadurch wird gewährleistet, dass ein höherer vertraglich vereinbarter Zinssatz auch während des Verzuges aufrechterhalten bleibt, sodass der Schuldner nicht auch noch von seiner Vertragsverletzung profitiert.

Es liegt auf der Hand, dass der Gläubiger einer Geldforderung infolge des Schuldnerverzuges einen über den Anspruch aus § 288 Abs. 1 und 2 BGB hinausgehenden Verzögerungsschaden erleiden kann. § 288 Abs. 4 BGB stellt klar, dass der Gläubiger diesen Schaden unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 und 2 BGB geltend machen kann. Höhere Schäden können dem Gläubiger insbesondere durch entgangene Anlagezinsen und durch für eine Zwischenfinanzierung aufgewandte Kreditzinsen entstehen. Der im Verlust von Anlagezinsen liegende Verzögerungsschaden kann abstrakt oder konkret berechnet werden. Bei der konkreten Schadensberechnung muss der Gläubiger darlegen und beweisen, ob und wie er das Geld bei rechtzeitiger Leistung des Schuldners angelegt hätte. Bei der abstrakten Schadensberechnung genügt es dagegen, wenn er darlegt und beweist, welcher Zinssatz zur Zeit des Verzuges bei Anlagegeschäften typischerweise am Markt erzielt werden konnte. Kaufleute und Banken können ihren Schaden grundsätzlich abstrakt berechnen. Dazu muss der Gläubiger nur darlegen, dass der Verzug ein Handels- oder Kreditgeschäft verhindert hat, dessen Abschluss typischerweise zum Betrieb des Gläubigers gehört (BGHZ 62, 103, 105). Privatgläubigern dagegen wird die abstrakte Schadensberechnung nur dann ermöglicht, wenn sie Gläubiger eines hohen Geldbetrages sind, den ein Privatmann nach der Lebenserfahrung typischerweise anzulegen pflegt.

### *c. Haftungsverschärfung nach § 287 BGB*

§ 287 BGB ordnet als weitere Verzugsfolge neben der Verpflichtung des Schuldners zur Leistung von Schadensersatz eine verschärfte Haftung des Schuldners an. Die beiden in dieser Vorschrift enthaltenen Haftungsverschärfungen rechtfertigen sich dadurch, dass in den von ihnen geregelten Fällen die Leistung noch beim Gläubiger vorhanden wäre, wenn der Schuldner fristgemäß geleistet hätte.

Nach § 287 Satz 1 BGB hat der Schuldner während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Da dies unabhängig von § 287 Satz 1 BGB ohne Weiteres auch aus § 276 Abs. 1 BGB folgen würde, der nicht nach dem Grad der Fahrlässigkeit differenziert und mithin auch jede Fahrlässigkeit erfasst, erlangt die Vorschrift nur bei den Schuldverhältnissen Bedeutung, die eine Haftungsbeschränkung vorsehen.



§ 287 Satz 1 BGB hebt demnach während des Verzuges die für bestimmte Schuldverhältnisse vorgesehenen Haftungsprivilegien wieder auf. Beispiele für solche Haftungsprivilegien findet man in §§ 521 BGB, 599 BGB oder § 690 BGB, die die Haftung des Schenkers, Verleihers und des Verwahrers bei unentgeltlicher Verwahrung wegen der Uneigennützigkeit ihres Handelns auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränken.

Die weitere in § 287 Satz 2 BGB angeordnete Haftungsverschärfung sieht vor, dass der Schuldner für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich ist, es sei denn, dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre. Diese Regelung wird nur verständlich, wenn man bedenkt, dass der Schuldner unabhängig von § 287 Satz 2 BGB regelmäßig bereits für die während des Verzugs eintretende Unmöglichkeit aus §§ 280 Abs. 1, 283 BGB haftet, wenn zwischen Unmöglichkeit und Verzug ein Zurechnungszusammenhang besteht, da der Schuldner ja bereits nach § 286 Abs. 4 BGB ohne Vertretenmüssen nicht in Verzug gerät. Daher bleiben als Anwendungsbereich des § 287 Satz 2 BGB nur die eher seltenen Fälle übrig, in denen es an einem inneren Zusammenhang zwischen Verzug und Unmöglichkeit fehlt, der Leistungsgegenstand also „durch Zufall“ untergeht (vgl. auch zur Vertiefung den kurzen Beitrag von Knütel in NJW 1993, 900 f.). Bereits die hierzu in Lehrbüchern aufgezählten Beispiele wie „Erdbeben, Klimakatastrophen, Vulkanausbrüche oder epidemische Seuchen“ (vgl. Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, § 17 III 2) zeigen, dass § 287 Satz 2 BGB nur selten in Alltagsfällen praktische Bedeutung erlangt. § 287 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BGB schließt die Zufallshaftung für den Fall wieder aus, dass der Schaden beim Gläubiger auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre, wenn also die Sache auch beim Gläubiger zufällig untergegangen wäre.

Das kann man sich an folgendem Beispiel klar machen.

Der Verkäufer befindet sich im Verzug, als ein Erdbeben sein Haus und die darin befindliche Kaufsache zerstört. Der Käufer verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Der Anspruch folgt aus §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 283 BGB, dessen anspruchsbegründende Voraussetzung allein die Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung ist (wegen § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB begründet das Nichtvertretenmüssen ein Gegenrecht im Sinne einer anpruchshindernden Einwendung). Das fehlende Verschulden - der Verkäufer konnte nichts für das Erdbeben; es war ein „act of god“ - führt nicht automatisch zu einem Nichtvertretenmüssen, wenn der Schuldner auch für Zufall einstehen muss. Das ist für den im Verzug befindlichen Verkäufer nach § 287 Satz 2 BGB der Fall. Er muss also Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten, wenn nicht der Schaden auch bei rechtzeitiger Erfüllung

eingetreten wäre. Das wäre er (der Schaden) etwa dann, wenn auch das Haus des Käufers mit allen darin befindlichen Sachen von dem Erdbeben zerstört wird, nicht aber dann, wenn der Käufer in einem vom Erdbeben verschonten Bereich wohnt oder die Kaufsache noch vor dem Erdbeben aufgebraucht oder an einen anderen Ort verbracht hätte.

*d. Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 281 Abs. 1 BGB*

Der Gläubiger eines Anspruchs kann nach § 281 Abs. 1 BGB anstelle der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung gesetzt hat. Dabei ist in Abgrenzung zu § 283 BGB vorausgesetzt, dass die geschuldete Leistung noch möglich und die Leistungspflicht nicht ausgeschlossen ist. Die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs sind mit Blick auf die Fristsetzung, deren Entbehrlichkeit und die Möglichkeit, bei Teilleistungen Schadensersatz wegen der ganzen Leistung zu verlangen, identisch mit denen, die wir im Zusammenhang mit dem Rücktritt nach § 323 BGB kennen gelernt haben. Der Verzug ist keine Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs. Er wird aber regelmäßig vorliegen.

Die Rechtsfolge „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ bedeutet, dass der Gläubiger so zu stellen ist, wie er bei ordnungsgemäßer Leistung des Schuldners stünde. Dabei ist der Anspruch jedoch nicht gemäß § 249 Abs. 1 BGB auf Naturalrestitution, sondern auf Geldersatz gerichtet, da der Schadensersatzanspruch nach dem Gesetz an die Stelle des Erfüllungsanspruches tritt (§ 281 Abs. 4 BGB) und Naturalrestitution praktisch dennoch auf Erfüllung hinausliefere.

Die Rechtsfolge des Schadensersatzanspruches beschreibt das Gesetz mit Schadensersatz statt der Leistung. Es geht darum, den Gläubiger so zu stellen, wie wenn er die Leistung erhalten hätte. Ihm muss mithin der Wert der ausgebliebenen Leistung und u.U. ein Gewinn ersetzt werden, den er gemacht hätte, wenn er die Leistung erhalten hätte.

Ein Problem könnte sich dann ergeben, wenn die Rechtsfolgen im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages zu beurteilen sind, bei dem der Gläubiger der verzögerten und dann nicht mehr geschuldeten Leistung seinerseits zu einer Gegenleistung verpflichtet ist. Die Gegenleistung muss in die Berechnung des Schadensersatzanspruches einbezogen werden. Zwei Möglichkeiten kommen in Betracht. Bei der einen tritt der Schadensersatzanspruch an die Stelle der jetzt nicht mehr zu erbringenden Leistung (Surrogationsmethode). Die Gegenleistungspflicht

bleibt bestehen. Bei der anderen wird der Schadensanspruch mit der Gegenleistung verrechnet, und es bleibt ein Schadensersatzanspruch nur bei einer Differenz (Differenzmethode); so insbesondere, wenn der objektive Wert höher als die vereinbarte Gegenleistung war, oder es um den Ersatz des entgangenen Gewinns geht.

Zum früheren Recht hatte sich die Auffassung gebildet, dass die Surrogationsmethode im Falle des Verzuges nicht anwendbar sei. Diese Auffassung findet in der Neuregelung des Schuldrechts keinen Rückhalt mehr. Mit der Differenzmethode erreichte man im früheren Recht eine Kombination von Rücktrittsfolgen (Entfallen der Gegenleistungspflicht) und Schadensersatzfolgen (z.B. durch den Ersatz des entgangenen Gewinns). An sich war diese Kombination ausgeschlossen, weil sich der Gläubiger zwischen Rücktritt und Schadensersatz entscheiden sollte. Im neuen Recht können Rücktritt und Schadensersatz nebeneinander geltend gemacht werden (§ 325 BGB). Damit entfällt die Notwendigkeit, den Schadensersatz statt der Leistung nach der Differenzmethode zu berechnen. Das Regelwerk vereinfacht sich: Schadensersatz statt der Leistung wird immer nach der Surrogationsmethode abgewickelt. Wer sich von der Gegenleistungspflicht befreien möchte, muss zurücktreten (Faust in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, 3. Kapitel/ Rdnrn. 189 ff.). Nach dem Rücktritt ist immer noch Schadensersatz möglich. Bei dessen Berechnung sind der Wert der Leistung und der Wert der Gegenleistung als Rechnungsposten zu berücksichtigen. Das entspricht der Schadensberechnung nach der Differenztheorie.

### *e. Fallbeispiel für das Zusammenspiel von Unmöglichkeit, Gläubigerverzug und Schuldnerverzug*

In der Vorlesung haben wir als Fallbeispiel den „Garagenbrand“ diskutiert. Die Lösung werde ich hier nicht noch einmal präsentieren, weil es einen Parallellfall mit - wie Sie leicht erkennen werden - identischer Problemstellung, Lösungshinweisen und Musterlösung gibt, die keine Wünsche offen lassen. ;-) Der Fall trägt den schönen Namen „In vino veritas“.

Rechtliche Inhalte: Professor Dr. Dr. h.c. Helmut Rießmann und Notar Dr. Jörg W. Britz

Bemerkungen: Dieser im JuS-Lernbogen 5/1995 (L 36) veröffentlichte Fall beschäftigt sich mit Problemen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts bei gegenseitigen Verträgen und hierbei insbesondere mit den Auswirkungen des Annahmeverzuges auf die primären und sekundären Leistungspflichten. Es handelt sich dabei um eine eher leichte Aufgabe, deren Lösung sich mit sauberer

Subsumtion unmittelbar aus dem Gesetz entwickeln lässt und die vor allem dem Anfänger die Grundwertungen der gesetzgeberischen Entscheidungen näher bringen soll.

### **Sachverhalt**

Der von langjährigem wissenschaftlichen Wirken ergraute Rechtsgelehrte V erzählt bei einem Umtrunk im Anschluss an seine Abschlussvorlesung, dass er seinen Lebensabend in südlicheren Gefilden genießen und deshalb sein Vermögen versilbern will. Sein Kollege K von der betriebswirtschaftlichen Fakultät, aus gemeinsamer Forschung mit der Qualität des V'schen Weinkellers bestens vertraut, kauft auf der Stelle die Sammlung erlesener Weißweine zu einem Preis von 1500 €. Es wird vereinbart, dass V die Flaschen am nächsten Samstag Vormittag zu K nach Hause bringen soll.

Als V und ein eigens hierfür engagierter Jura-Student bei K vorfahren, treffen sie diesen nicht an. K hatte überraschend am Freitag Nachmittag eine Einladung erhalten, am Wochenende einen Gastvortrag im Rahmen einer Fachtagung an der Sorbonne zu halten, und konnte vor der Abreise am selben Abend V hiervon nicht mehr in Kenntnis setzen. V fährt mit seinem Begleiter unverrichteterdinge nach Hause und lässt den Wein wieder einkellern. Am Sonntagmorgen bringt V aus leichter Unachtsamkeit das Weißweinregal ins Wanken. Die guten Tropfen versiegen sämtlich unter Scherben.

Als K abends von seiner Reise zurückkehrt, verlangt er zunächst Lieferung des gekauften Weines und, als er von dem Missgeschick erfährt, Schadensersatz in Höhe von 250 €. Er hatte während seiner Reise einen Interessenten gefunden, der ihm den Wein für 1.750 € abkaufen wollte. V lehnt die Schadensersatzleistung ab und verlangt seinerseits von K den Kaufpreis (1.500 €) sowie den zusätzlichen Lohn, den er für den Rücktransport an den Studenten zahlen musste (12,50 €).

Wie ist die Rechtslage?

### **Gutachterliche Vorüberlegungen zur Rechtslage**

Dieser Fall beschäftigt sich mit Problemen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts bei gegenseitigen Verträgen und hierbei insbesondere mit den Auswirkungen des Annahmeverzuges auf die primären und sekundären Leistungspflichten. Mit sauberer Subsumtion lässt sich die Lösung unmittelbar aus dem Gesetz entwickeln, ohne dass es spezieller Kenntnisse oder besondere argumentativer Anstrengungen bedarf. Es handelt sich damit sicherlich um eine

auch für den Anfänger eher leichte Klausur. Die vorliegende Ausarbeitung wendet sich daher vor allem an den Anfänger, durch die nicht nur das Normgefüge selbst, sondern auch die Grundwertungen der gesetzgeberischen Entscheidung am konkreten Fall näher gebracht werden sollen.

Zur Vorbereitung des Gutachtens gilt es zunächst die allgemeine Frage nach der Rechtslage zu konkretisieren. Dabei lassen sich dem Sachverhalt bei erster Sondierung vier verschiedene tatsächliche Begehren entnehmen. Während K zunächst den Wein (1.) und anschließend Schadensersatz (2.) verlangt, richtet sich das Augenmerk des V auf den Kaufpreis (3.) sowie die zusätzlichen Lohnkosten (4.). Dem korrespondieren in der gedanklichen Vorbereitung vier selbstständige, anspruchsorientierte Gutachten.

Die erste Anspruchsposition, Lieferung des Weines, muss sofort wieder ausgesondert werden. Sie darf nicht einmal mehr in die schriftliche Ausarbeitung einfließen. Eine Beschäftigung mit dem primären Erfüllungsanspruch aus § 433 Abs. 1 BGB wäre allerdings nicht deshalb falsch, weil dieses Begehren offensichtlich an einer die Erfüllung ausschließenden Unmöglichkeit scheitert. Vielmehr ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass K selbst dieses aussichtslose Begehren nach Kenntnis des Missgeschicks aufgegeben hat und nunmehr ausschließlich Schadensersatz verlangt. An diese Beschränkungen des tatsächlichen Begehrens ist der Fallbearbeiter gebunden. Es ist müßig und gutachtentechnisch falsch, sich mit Rechtsfolgen zu beschäftigen, die der Anspruchssteller selbst gar nicht mehr einfordert.

Bei den Ansprüchen des K verbleibt daher allein die Frage nach einem Schadensersatzanspruch in Höhe von €250. Vertragliche Ansprüche könnten sich aus §§ 280, 283 BGB ergeben. Ein Kaufvertrag zwischen V und K ist ebenso unproblematisch festzustellen wie die Unmöglichkeit der nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB geschuldeten Übergabe und Übereignung des Weines. Damit sind alle anspruchsbegründenden Voraussetzungen festgestellt. Denn die Formulierung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB „(...)“ gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.“ bringt zum Ausdruck, dass das Vertretenmüssen des Schuldners keine anspruchsbegründende Voraussetzung ist, sondern das Nichtvertretenmüssen eine anspruchshindernde Einwendung ist, der Schuldner also die Darlegungs- und Beweislast für ein etwaiges Nichtvertretenmüssen zu tragen hat. Genauer: Das Nichtvertretenmüssen begründet ein Gegenrecht des Schuldners der unmöglich gewordenen Leistung gegenüber dem Schadensersatzanspruch. Wer sich vertraglich zu einer Leistung verpflichtet, soll sich nicht mit der schlichten Behauptung, für die später eingetretene Unmöglichkeit für die Leistungserbringung könne er nichts, aus der Verantwortung

stehlen können. Vielmehr soll er das Risiko tragen, falls sich die Frage des Vertretenmüssens nicht klären lässt. Erst wenn ihm der Nachweis gelingt, dass ihn kein Verschulden trifft, befreit ihn das Gesetz von der Haftung; die Beweislast ist somit Bestandteil des mit der Schuld übernommenen Leistungsrisikos.

Die Haftungsausfüllung eines Schadensersatzanspruchs nach §§ 249 ff. BGB umfasst gemäß § 252 BGB auch den entgangenen Gewinn, den K durch eine Weiterveräußerung hätte erzielen können. V kann einer Inanspruchnahme folglich nurmehr entgehen, wenn ihm ein die Haftung ausschließendes Gegenrecht zusteht. Dieses könnte sich aus dem Nichtvertretenmüssen der Unmöglichkeit ergeben. Gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, sofern eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. V hat hier aus leichter Unachtsamkeit und damit fahrlässig im Sinne von § 276 Abs. 2 BGB gehandelt. Dennoch könnte er von seiner grundsätzlichen Haftung befreit sein. Denn hätte sich K vertragsgemäß verhalten, wäre der Wein längst in seinen Besitz gelangt und nicht mehr der Unbedachtsamkeit des V zum Opfer gefallen. Dem Verkäufer auch noch nach der Erfüllungsverhinderung durch den Käufer jedwede Fahrlässigkeit, wie sie jedem leicht unterlaufen kann, vorzuhalten, wäre daher nicht angebracht. Dieser grundlegenden Wertung hat auch der Gesetzgeber Rechnung getragen. Befindet sich der Gläubiger im sog. Annahmeverzug gemäß §§ 293 ff. BGB, hat der Schuldner nach § 300 Abs. 1 BGB stets nicht mehr jede Fahrlässigkeit gemäß § 276 Abs. 2 BGB zu vertreten, sondern nurmehr grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz. Es ist folglich etwas anderes im Sinne von § 276 Abs. 1 Satz 1 im BGB („sofern...“) bestimmt. V hat nur leicht fahrlässig gehandelt. Es kommt daher entscheidend darauf an, ob sich K im Annahmeverzug befand.

Der Annahmeverzug ist vom Schuldnerverzug gemäß § 286 BGB streng zu unterscheiden. Erster knüpft in den §§ 300 ff. BGB für den Gläubiger nachteilige Auswirkungen daran an, dass er eigene Mitwirkungshandlungen, zu denen er nicht zwingend (einklagbar) verpflichtet sein muss -sog. Obliegenheiten- nicht vornimmt und damit die ordnungsgemäße Pflichterfüllung durch den Schuldner vereitelt. Wichtigste Rechtsfolgen sind die hier interessierende Haftungsminde rung und der Gefahrübergang nach § 300 Abs. 1 und 2 BGB. Dagegen regelt der Schuldnerverzug die Folgen der Nichtvornahme der Schuldnerpflichten, was zu einschneidenden Rechtsfolgen wie Schadensersatzpflicht, Rücktrittsrecht der anderen Seite, Haftung auch für unverschuldete Unmöglichkeit führen kann.

Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges gemäß § 293 BGB sind gegeben. V hat die Leistung am Wohnsitz des K im Sinne von § 294 BGB tatsächlich

angeboten. Vorliegend könnte ein Angebot gemäß § 296 BGB sogar überflüssig gewesen sein, sofern eine Mitwirkungshandlung des K zu einer kalendermäßig bestimmten Zeit erforderlich war. Insoweit könnte man daran denken, dass es schon zur Übergabe hätte kommen können oder eine Hilfsperson hätte anwesend sein müssen und insbesondere V seine Verpflichtung zur Übereignung nur hätte erfüllen können, wenn auch K oder ein Stellvertreter die erforderliche Willenserklärung gemäß § 929 Satz 1 BGB (die dingliche Einigung) abgegeben hätte. Ob aber ein tatsächliches oder wörtliches Angebot gemäß § 296 BGB überflüssig wäre, kann dann dahinstehen, wenn wie hier eines der vorgenannten Angebote vorliegt. Denn die Voraussetzungen des Annahmeverzuges müssen erst recht bejaht werden, wenn der Schuldner sogar mehr tut, als für die Begründung des Annahmeverzuges erforderlich wäre. Auch liegt eine vorübergehende Annahmeverhinderung im Sinne von § 299 BGB nicht vor. Denn die Leistungszeit war bestimmt, und V hat seine Leistung auch nicht vor der bestimmten Zeit angeboten. Ein Verschulden setzt der Annahmeverzug dagegen gerade nicht voraus. Dass K also V nicht mehr benachrichtigen konnte und ob er anderweitig Vorsorge hätte treffen können, um V die Leistungserfüllung zu ermöglichen, spielt für das Vorliegen des Annahmeverzuges keine Rolle. Demnach haftet der V nach dem gescheiterten Erfüllungsversuch nicht mehr für einfache Fahrlässigkeit. Er hat die Unmöglichkeit also zwar verschuldet, aber dennoch ausnahmsweise nicht zu vertreten. Der für § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderliche Nachweis gelingt. Ein vertraglicher Schadensersatzanspruch des K scheidet aus.

Nur mit einer kurzen Kontrollüberlegung darf man sonstige Schadensersatzansprüche bedenken. Insbesondere kommt eine Verletzung von Rechtsgütern des K im Sinne des Deliktsrechts bei einer Handlung des V, die seinen eigenen (zwar verkauften, aber noch nicht übereigneten) Wein zerstörte, nicht in Betracht.

Wendet man sich den Ansprüchen des V zu, wird man zwar schnell feststellen, dass alle anspruchsbegründenden Voraussetzungen des Kaufpreisanspruchs nach § 433 Abs. 2 BGB vorliegen. Dieser verlangt lediglich einen Vertragsschluss und nicht die Erfüllung der Verkäuferpflicht. Gleichwohl ist der Käufer nicht schutzlos gestellt. Wird dem Verkäufer die Übergabe und Übereignung unmöglich, so begründet dies für den Käufer zugleich ein Gegenrecht gegen den Zahlungsanspruch. Gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BGB wird er von seiner Gegenleistung -gleich Zahlungspflicht- frei, wenn die Unmöglichkeit von keinem der beiden Vertragspartner zu vertreten ist. Geht der Käufer selbst leer aus, soll er grundsätzlich auch nichts bezahlen müssen. Dass dies erst recht gelten muss, wenn der Verkäufer die Unmöglichkeit der Sachleistung sogar zu vertreten hat, konnte bereits oben an den §§ 280, 283 BGB die vielmehr dem Käufer Ansprüche

vermitteln, gezeigt werden. Andererseits kann es aber nicht angehen, dass der Käufer von seiner Zahlungspflicht frei werden soll, wenn er selbst die Unmöglichkeit zu verantworten hat (z.B. die gekaufte Vase vor der Übereignung fallen lässt). Folgerichtig gewährt § 326 Abs. 2 Satz 1 Alternative 1 BGB dem Verkäufer ein Gegenrecht, welches dem Käufer versagt, sich auf die Befreiung von seiner Zahlungspflicht nach § 326 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BGB zu berufen. Es handelt sich also streng genommen um ein Gegengegenrecht. § 326 Abs. 2 Satz 1 Alternative 2 sieht ein solches Gegengegenrecht auch für den Fall des Annahmeverzuges des Käufers vor. Damit schließt sich der Kreis. Der Annahmeverzug des K wurde bereits oben bejaht. K kann sich folglich gemäß § 326 Abs. 2 Satz 1 Alternative 2 BGB nicht darauf berufen, gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BGB von seiner Zahlungspflicht aus § 433 Abs. 2 BGB frei geworden zu sein. Die lange Kette von Gegen- und Gegengegenrechten führt letztlich dazu, dass der zu Beginn der Prüfung problemlos festgestellte Kaufpreisanspruch auch am Ende der Prüfung noch Bestand hat.

Bei den letzten Prüfungsabschnitten gibt es nicht mehr viele Punkte zu verlieren. Man sollte sich daher von dem Umfang der hier gleichwohl möglichen Erörterungen nicht irritieren lassen. Das Schwergewicht auch für die Bewertungen liegt eindeutig bei den systematisch weitaus komplexeren und auch interessanteren, vorausgegangenen Fragestellungen. Inhaltlich lässt sich der zusätzlich von V begehrte Ersatz seiner Aufwendungen für den durch den Annahmeverzug notwendig gewordenen Rücktransport problemlos unter § 304 BGB subsumieren. Nach der gelegentlich Dunstkreisregel genannten Aufforderung, bei der Normanwendung den Blick immer auch über benachbarte Vorschriften schweifen zu lassen, sollte § 304 BGB, dessen vorherige Kenntnis sicherlich nicht vorausgesetzt werden kann, entdeckt werden. An dieser Stelle kann man dem Lebenssachverhalt unschwer abgewinnen, dass es sich bei V um einen schon etwas älteren Herrn handelt, und diese Erkenntnis bei der Notwendigkeit, entgeltliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, verwerten. Ob nach dieser Vorschrift nicht sogar der gesamte Lohn, den V an seinen studentischen Helfer bezahlt hat, als Aufwendungen für das erfolglose Angebot von K geschuldet wird, darf erneut nicht geprüft werden, weil das Begehren des V eindeutig so weit nicht geht.

Daneben kommt auch ein Schadensersatzanspruch aus Schuldnerverzug in Betracht, sofern man neben dem Annahmeverzug zugleich auch einen Schuldnerverzug mit der gemäß § 433 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB zur echten Leistungspflicht erhobenen Abnahmepflicht des Käufers bejaht, vgl. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB. Ein Schuldnerverzug könnte aber wohl daran, dass K an der Nichterfüllung dieser Abnahmeverpflichtung kein Verschulden trifft, scheitern.



Dies mag man wegen der Beweislastregel gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB angesichts der Offenheit des Sachverhalts auch anders sehen.

### **Lösung**

I. Begehren des K gegen V auf Zahlung von €250

Voraussetzung hierfür ist zunächst das Bestehen eines wirksamen Schuldverhältnisses gemäß § 280 Abs. 1 BGB. In Betracht kommt ein Kaufvertrag im Sinne des § 433 BGB.

1. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass V und K sich über den Kauf der Sammlung erlesener Weißweine des V'schen Weinkellers zu einem Preis von € 1.500 geeinigt haben. Folglich liegt ein wirksamer Kaufvertrag im Sinne des § 433 BGB vor.

2. Ferner müsste der V eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis (hier: Kaufvertrag gemäß § 433 BGB) verletzt haben gemäß § 280 Abs. 1 BGB. Diese könnte vorliegend darin zu sehen, sein dass V seine Leistung nach § 275 Absatz 1 – 3 BGB unmöglich geworden ist und er deshalb kraft Gesetzes von seiner Leistungspflicht befreit ist. Im vorliegenden Fall kommt eine Leistungsbefreiung gemäß § 275 Abs. 1 BGB in Betracht. Danach müsste den V oder jedermann die Übereignung und Übergabe der Weißweinsammlung unmöglich sein. V ist aus dem Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Übergabe und Übereignung der Weißweinsammlung aus seinem Weinkeller verpflichtet. Ob ihm dies zur Erfüllung seiner Pflicht noch möglich ist, hängt von der dem Rechtsgeschäft zu Grunde liegenden Art von Schuld ab, Stück- oder Gattungsschuld. Eine Stückschuld liegt vor, wenn die Parteien eine individuelle Sache zum Gegenstand ihrer Vereinbarung gemacht haben. Eine Gattungsschuld hingegen liegt vor, wenn die Vertragsparteien den Leistungsgegenstand gerade nicht individuell festlegen, sondern ihn nur nach seinen Gattungsmerkmalen bestimmen. Regelmäßig handelt es sich bei der sog. (Sach-)Gattungsschuld um vertretbare Sachen im Sinne des § 91 BGB. Jedoch muss bei der Feststellung, welche Art von Schuld vorliegt, auf das subjektive Verständnis der Parteien abgestellt werden, wonach also nicht zwingend ist, dass es sich bei dem Leistungsgegenstand um eine vertretbare Sache handeln muss. Welche Art von Schuld im vorliegenden Fall von den Parteien vereinbart worden ist, muss an Hand einer Auslegung gemäß der §§ 133, 157 BGB ermittelt werden. V und K haben die "erlesene Weißweinsammlung aus dem V'schen Weinkeller" zum Leistungsgegenstand ihrer vertraglichen Vereinbarung gemacht. Stellt man auf die Weißweinsammlung als solche ab, ist festzustellen, dass die Parteien möglicherweise die Weißweinsammlung des V als Sachgesamtheit ansehen und

diese konkrete Weißweinsammlung eben zum Leistungsgegenstand gemacht haben.

Stellt man hingegen darauf ab, dass es den Parteien gerade auf die Weißweinsorte ankommt, die der V in seinem Weinkeller vorrätig hat, ist durchaus auch eine Gattungsschuld denkbar; jedoch mit der Besonderheit, dass der V deutlich zum Ausdruck gebracht hat, er möge die Leistung nur aus seinem Vorrat erbringen. Dann handelte es sich um eine, von den Parteien vereinbarte, beschränkte Gattungsschuld (Vorratsschuld).

Im vorliegenden Fall haben die Parteien vereinbart, dass die Weißweinsammlung des V zum Leistungsgegenstand gemacht werden soll. Folglich spricht hier vieles für die Annahme einer Stückschuld. Im vorliegenden Fall sind dem V alle Weißweinflaschen seiner Sammlung durch eine leichte Unachtsamkeit seinerseits zerstört worden, wonach es ihm unmöglich ist, zu liefern. Selbst wenn man hier darauf abstellt, dass die Parteien nicht die Weißweinsammlung als solche zum Leistungsgegenstand gemacht, sondern eine Vorratsschuld vereinbart haben, lässt sich feststellen, dass es hier dem V ebenfalls unmöglich ist, zu liefern, da laut Sachverhalt der gesamte Bestand der erlesenen Weißweine zerstört worden ist. Somit kann die Frage, ob eine Stückschuld oder beschränkte Gattungsschuld (Vorratsschuld) vorliegt, dahinstehen. Demnach ist festzuhalten, dass es dem V oder jedermann unmöglich im Sinne des § 275 Absatz 1 BGB ist, aus seinem Weinkeller (Vorrat) die geschuldete Weinsammlung zu liefern. Gleichwohl wäre Unmöglichkeit nicht eingetreten, wenn V eine Beschaffungspflicht hinsichtlich der fraglichen Art von Weißwein übernommen hätte. Dies kann aber auf Grund der Sachverhaltsangaben nicht angenommen werden, da den Erklärungen der Parteien eindeutig zu entnehmen ist, dass Gegenstand der Vertragsverhandlungen lediglich die Sammlung erlesener Weißweine zu einem Preis von €1.500 aus dem Weinkeller des V war. Somit steht fest, dass nach dem Untergang des gesamten Vorrates der erlesenen Weißweine des V, dieser gemäß § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht befreit ist. Auf Grund der Tatsache, dass der gesamte Vorrat untergegangen ist und der V keine weitergehende Beschaffungspflicht im Sinne des § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB übernommen hat, kommt es auf die Frage der gleichwohl eingetretenen Konkretisierung, wenn man der Auffassung folgt, dass eine Vorratsschuld gegeben ist, der beschränkten Gattungsschuld zu einer Stückschuld nicht mehr an. Damit ist dem V die Erfüllung seiner Leistungspflicht tatsächlich unmöglich geworden und er gemäß § 275 Abs. 1 BGB von ihr befreit.

Umstritten ist, worin konkret in Fällen dieser Art (Leistungsbefreiung nach § 275 BGB) die Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB zu sehen ist.

a. Nach einer Auffassung besteht die Pflichtverletzung gerade in den Fällen des § 275 BGB in der Nichterbringung der Leistung. Diese Auffassung stellt darauf ab, dass derjenige, der von der Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB befreit ist, seiner Leistungspflicht aus dem Kaufvertrag im Sinne des § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB (Übergabe und Übereignung) nicht mehr nachkommen kann. Darin ist die eigentliche Pflichtverletzung zu sehen. Vorliegend ist die Leistungsbefreiung gemäß § 275 Abs. 1 BGB bei V eingetreten (s.o.), wodurch nach dieser Auffassung eine Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB zu bejahen ist.

b. Nach anderer Auffassung kann derjenige Schuldner, der gemäß § 275 BGB von seiner Leistungspflicht befreit ist, denklösig nicht mehr gegen eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis i.e.S. verstoßen. Der Grund der wechselseitigen Verweise der §§ 280 Absatz 1, 283 BGB müsse also ein anderer sein. Anknüpfungspunkt für die Entstehung eines Schadensersatzanspruchs soll nach dieser Auffassung nicht die Leistungsbefreiung, mit der Folge, dass der Schuldner seiner Leistungspflicht aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnis nicht mehr nachkommen kann, selbst sein, sondern dasjenige Verhalten, das die Leistungsbefreiung herbeigeführt hat; genau dieses Verhalten müsse aber objektiv pflichtwidrig sein und die Leistungsbefreiung adäquat-kausal verursacht haben. Denn wer sich einem anderen gegenüber zu einer Leistung verpflichtet hat, ist gehalten, alles zu unterlassen, was der Leistungserbringung entgegensteht. Vorliegend ist die Leistungsbefreiung des V gemäß § 275 Abs. 1 BGB auf eine eigene Handlung des V zurückzuführen, wonach auch nach dieser Auffassung eine Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB zu bejahen ist.

Beide Ansichten kommen hier zum gleichen Ergebnis (nämlich zum Vorliegen einer Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB), wonach eine Entscheidung entbehrlich ist.

3. Des Weiteren setzt der hier von K geltend gemacht Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB in Abgrenzung zu § 311a BGB voraus, dass die Leistungsbefreiung nach Vertragsschluss eingetreten ist. Dies ist der Fall.

4. Letztlich müsste V als Schuldner gemäß § 280 Abs. 1 BGB die Pflichtverletzung auch zu vertreten haben. Grundsätzlich muss diejenige Partei im Prozess alle Voraussetzungen derjenigen Rechtsnormen beweisen, die sie angewendet wissen möchte. Durch die Formulierung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB („Dies gilt nicht, wenn der Schuldner (...) nicht zu vertreten hat.“) wird deutlich vorgebracht, dass es sich beim Vertretenmüssen nicht um eine den Schadensersatzanspruch

begründende Voraussetzung handelt, sondern um ein Gegenrecht im Sinne einer anspruchshindernden Einwendung. Will der Schuldner, hier V, also vermeiden, dass er Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 Abs. 1, 283 BGB an K leisten muss, obliegt ihm die Darlegungs- und Beweislast. Kann V also darlegen und beweisen, dass er die Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 Satz 1 im BGB nicht zu vertreten hat, so hindert diese Einwendung das Entstehen eines Schadensersatzanspruchs. Das Vertretenmüssen selbst ist nach § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB zunächst die Verantwortlichkeit für eigenes Verschulden in Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit, sofern sich nicht aus dem Gesetz oder dem Inhalt des Schuldverhältnisses ein anderer Haftungsmaßstab ergibt. Im Fall steht fest, dass V durch eine leichte Unachtsamkeit seinerseits die Sammlung der erlesenen Weißweine zerstört hat. Er hat also, indem er leicht unachtsam gehandelt hat, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt im Sinne des § 276 Abs. 2 BGB außer Acht gelassen und auf Grund dieser Fahrlässigkeit seine Pflichtverletzung gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB zu vertreten. Dies gilt aber nicht, wenn ein anderer Haftungsmaßstab bestimmt ist. Es kommt hier also darauf an, ob sich aus der Parteivereinbarung oder aus dem Gesetz eine etwaige Haftungsprivilegierung für den Schuldner ergibt (eine Suche nach einer Vorschrift, die eine Haftungsverschärfung normiert, macht keinen Sinn, da der V ohnehin schon wegen fahrlässigen Handelns haften würde).

Eine solche Haftungsprivilegierung für V könnte sich aus § 300 Absatz 1 BGB ergeben. Danach hat der Schuldner nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

5. Tatbestandsvoraussetzung ist aber, dass der Gläubiger, hier K, in Verzug der Annahme ist, gemäß § 293 BGB. Hiernach kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Die Voraussetzungen im Einzelnen sind folgende:

a. Zunächst muss ein a. wirksamer Anspruch auf Seiten des Gläubigers vorliegen und b. dieser Anspruch muss auch erfüllbar sein.

aa. Wie oben unter I.1. festgestellt, liegt ein wirksamer Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB vor. Daraus ergibt sich ein Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Weißweinsammlung auf Seiten des K. Folglich ist dieses Erfordernis zu bejahen.

bb. Des Weiteren müsste dieser Anspruch auch erfüllbar sein. Dies bedeutet, der V müsste dazu berechtigt sein, seine Leistung bereits zu bewirken. Dies richtet sich nach § 271 BGB. Gemäß § 271 Abs.1 BGB kann der Schuldner die Leistung sofort bewirken, der Gläubiger sie sofort verlangen, wenn weder eine Zeit für die

Leistung bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen ist. V und K haben vereinbart, dass der V die Weißweinsammlung am nächsten Samstagvormittag dem K übergeben und übereignen soll. Somit ist eine Zeit für die Leistung bestimmt, wonach gemäß § 271 Abs. 2 BGB nur im Zweifel anzunehmen ist, dass der Schuldner die Leistung auch vor Eintritt der Fälligkeit bewirken kann, der Gläubiger diese aber nicht verlangen darf. Der V nimmt aber die ihm obliegenden Leistungshandlungen am vereinbarten Samstag Vormittag vor, sodass die Frage, ob zu Gunsten des V die Zweifelsregelung des § 271 Abs. 2 BGB zur Anwendung kommt, hier dahinstehen kann. Jedenfalls steht fest, dass der V die Leistung am besagten Samstag Vormittag bewirken darf. Mithin liegt auch das Erfordernis der Erfüllbarkeit vor.

b. Des Weiteren müsste der V dem K die Leistung, also die Flaschen mit dem erlesenen Weißwein aus seinem Keller auch ordnungsgemäß angeboten haben. Welche Anforderungen an das Angebot im Sinne des § 293 BGB gestellt werden, richtet sich nach den §§ 294, 295 BGB.

Gemäß § 294 BGB muss die Leistung dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden. Vorliegend ist also zunächst festzustellen, wie die Leistung vereinbarungsgemäß zu bewirken ist. Es ist also danach zu fragen, welche Art von Schuld die Parteien vereinbart haben, eine Hol-, Bring- oder Schickschuld, denn an Hand in dieser Feststellung lässt sich ausmachen, welche Leistungshandlungen vom Schuldner zu erbringen sind, um dem „Bewirken“ zu genügen. Dies richtet sich nach § 269 BGB. Gemäß § 269 Abs. 1 BGB hat die Leistung grundsätzlich an dem Ort zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte, sofern ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen ist. Wenn also nichts anderes von den Parteien vereinbart ist und sich aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses nichts anderes entnehmen lässt, dann liegt von Gesetzes wegen grundsätzlich eine Holschuld vor. Eine Holschuld ist gegeben, wenn die Parteien vereinbart haben, dass der Gläubiger die Leistung beim Schuldner abholen muss. Vorliegend haben V und K vereinbart, dass der V die Weißweinsammlung dem K an dessen Wohnsitz übergeben und übereignen soll. Folglich ist eine Holschuld ausgeschlossen. Es lässt sich also aus der Parteivereinbarung im Sinne des § 269 Abs. 1 BGB eine andere Art von Schuld entnehmen. In Betracht kommt also nur entweder eine Schick- oder eine Bringschuld. Gemäß § 269 Abs. 3 BGB reicht die bloße Abrede aber nicht aus, der Schuldner werde die Kosten für die Zusendung der Ware übernehmen, dass der Leistungsort beim Gläubiger sein soll und damit eine Bringschuld vereinbart wurde. Somit muss für die Annahme einer Bringschuld also noch eine weitere Abmachung hinzutreten, die den Sitz des

Gläubigers als Leistungsort qualifiziert. Damit liegt im Zweifel also keine Bringschuld vor. Hier im Fall haben aber die Parteien, wie oben festgestellt, ausdrücklich vereinbart, dass der V die geschuldete Leistung am Wohnsitz des K zu erbringen hat. Damit liegt eine Bringschuld vor. Im vorliegenden Fall ist V mit einem eigens hierfür engagierten Jurastudenten bei K vorgefahren, um diesem die Flaschen mit dem erlesenen Weißwein zu übergeben und zu übereignen. Der K hätte also nichts weiter zu tun brauchen, wenn er anwesend gewesen wäre, als zuzugreifen und die Leistung (die Weißweinsammlung) anzunehmen. Folglich viel hat der V die Leistung am rechten Ort, zur rechten Zeit und in rechter Art und Weise dem K angeboten.

Somit liegt ein tatsächliches Angebot im Sinne des § 294 BGB auf Seiten des V vor.

c. Weitere Voraussetzung des § 293 BGB ist, dass der Gläubiger die Leistung, die ihm angeboten wird, nicht annimmt. Im Fall war der K an der Sorbonne bezüglich eines Gastvortrages im Rahmen einer Fachtagung unterwegs und hat sich auch nicht einer von ihm für die Annahme der Leistung ermächtigten Hilfsperson bedient. Der V hat an dem vereinbarten Samstag Vormittag niemanden angetroffen. Folglich liegt das Erfordernis der Nichtannahme durch den Gläubiger im Sinne des § 293 BGB vor.

Damit liegen die Voraussetzungen für den Annahmeverzug gemäß § 293 BGB in der Person des K vor.

d. Anhaltspunkte, die dem Annahmeverzug entgegenstehen könnten gemäß der §§ 297, 299 BGB sind nicht ersichtlich.

Folglich sind die Voraussetzungen der Haftungsprivilegierung des § 300 Abs. 1 BGB erfüllt, wonach der V zum Zeitpunkt des Untergangs der Kaufsache "nur" Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Der V hat aber leicht unachtsam gehandelt, woraus sich ergibt, dass er wegen § 300 Abs. 1 BGB den Untergang der Kaufsache (Weißweinsammlung) nicht zu vertreten hat. Der V kann also darlegen und beweisen, dass er die Pflichtverletzung (s.o. unter I.3.) im Sinne des § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zu vertreten hat. Die anspruchshindernde Einwendung greift, wonach der V dem K keinen Schadensersatz schuldet.

Ergebnis: Der K kann gegen V keinen Schadensersatzanspruch in Höhe von €250 aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB geltend machen.

II. Begehren des V gegen K auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von €1.500

Möglicherweise hat der V gegen K einen Zahlungsanspruch des Kaufpreises in vorbezeichneter Höhe aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB.

1. Voraussetzung hierfür ist zunächst das Vorliegen eines wirksamen Kaufvertrages im Sinne des § 433 BGB. Die oben unter I.1. festgestellt, wurde zwischen den Parteien ein solcher geschlossen. Anhaltspunkte, die eine rechtshindernde Einwendung begründen könnten, sind nicht ersichtlich. Folglich ist ein Anspruch des V gegen K auf Zahlung des Kaufpreises aus § 433 Abs. 2 BGB entstanden.

2. Der Kaufpreisanspruch des V könnte gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB erloschen sein, wenn V von seiner im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden vertraglichen Hauptleistungspflicht gemäß § 275 Abs. 1 bis 3 BGB befreit wäre.

Folgende Voraussetzungen müssten diesbezüglich erfüllt sein:

a. Erforderlich ist zunächst ein gegenseitiger Vertrag, also ein Vertrag, bei dem sich jede Partei zu einer Hauptleistung verpflichtet, um die Hauptleistung der anderen als Gegenleistung zu erhalten. Bei einem Kaufvertrag sind die Parteien zu den in § 433 BGB beschriebenen Hauptleistungen verpflichtet, um entsprechend die Hauptleistung des anderen zu bekommen. Folglich stehen die beiden Hauptleistungspflichten der jeweiligen Parteien aus dem Kaufvertrag gemäß § 433 BGB in Synallagma. Folglich liegt ein gegenseitiger Vertrag vor.

b. V müsste von seiner im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Hauptleistungspflicht aus § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB gemäß § 275 Abs. 1 bis 3 BGB befreit sein. Wie bereits oben unter I.2. festgestellt, ist V gemäß § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistung wegen sowohl subjektiver also auch objektiver Unmöglichkeit befreit.

Damit liegen alle Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB vor, wonach der Anspruch auf die Gegenleistung entfallen würde, wenn nicht ein wirksam eingreifendes Gegenrecht des V dem entgegen steht. In Betracht kommt § 326 Abs. 2 BGB. Danach bleibt der Anspruch auf die Gegenleistung, also hier der Kaufpreis, bestehen, wenn der Gläubiger für den Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder, wenn dieser vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger in Verzug der Annahme ist. Für den hier vorliegenden Fall bedeutet das, dass der V weiterhin einen Anspruch auf die Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 BGB hat, wenn der K

für den Umstand, auf Grund dessen der V nach § 275 Abs.1 BGB (s.o.) von seiner Leistungspflicht befreit ist, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder, wenn dieser von V nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der K im Annahmeverzug ist.

a. Der K war aber durch eine eigene Handlung nicht an der Zerstörung der Flaschen mit dem erlesenen Weißwein beteiligt, er war noch nicht einmal anwesend, so dass er nicht für das Umkippen des Weißweinregales weder allein noch weit überwiegend verantwortlich gemacht werden kann.

b. Möglicherweise bleibt der Kaufpreisanspruch auf Seiten des V aber bestehen, wenn der von V nicht zu vertretende Umstand auf Grund dessen der V nach § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht befreit ist, zu einer Zeit eintritt, zu welcher der K im Annahmeverzug ist.

Der V müsste also den Umstand, der zu seiner Leistungsbefreiung führte, nicht zu vertreten haben. Grundsätzlich richtet sich das Vertretenmüssen des Schuldners nach § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach hätte der V durch seine leichte Unachtsamkeit den Untergang der Weißweinsammlung zu vertreten. Jedoch wurde bereits oben festgestellt, dass die Haftungsprivilegierung des § 300 Abs. 1 BGB greift, wonach der V „nur“ grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat, mit der Folge, dass er also den Umstand, der durch leichte Unachtsamkeit seinerseits zu seiner Leistungsbefreiung gemäß § 275 Abs. 1 BGB führte, nicht zu vertreten hat.

c. Damit steht auch die weitere Voraussetzung des § 326 Abs. 2 BGB, nämlich das Vorliegen des Annahmeverzuges gemäß § 293 BGB zu dem Zeitpunkt, in dem der Umstand, der zur Leistungsbefreiung des V führte, fest (s.o. unter I.5.).

Damit greift das Gegenrecht des V ein, wonach dieser gemäß § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung behält.

An dieser Stelle hätte auch durchaus noch § 326 Abs. 5 BGB berücksichtigt werden können. Danach hat der der Gläubiger, also hier K das Recht zum Rücktritt, wenn der Schuldner, also hier der V nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht. Dann hätte kurz durch eine Verweisung nach oben die Leistungsbefreiung des V nach § 275 Abs. 1 BGB festgestellt werden müssen und sodann danach gefragt werden, ob die weiteren Voraussetzungen des § 323 BGB erfüllt sind, jedoch mit der Maßgabe dass die Fristsetzung, die § 323 Abs. 1 BGB gerade voraussetzt, entbehrlich ist. Jedoch steht dies nicht der Anwendbarkeit der weiteren Regelungen des § 323 BGB entgegen. Dann hätte festgestellt werden müssen, dass das Rücktrittsrecht des K aus den schon genannten und bereits festgestellten



Gründen gemäß § 323 Absatz 6 BGB ausgeschlossen ist. Somit bleibt es dann bei dem festgestellten Ergebnis.

Gründe, die den Anspruch in seiner Durchsetzbarkeit dauernd oder vorübergehend hindern, also mögliche Einreden im privatrechtlichen Sinne begründen könnten, sind nicht ersichtlich.

Ergebnis: Der V kann also von K weiterhin den Kaufpreis in Höhe von €1.500 aus § 433 Abs. 2 BGB verlangen.

III. Begehren des V gegen K auf Zahlung des zusätzlichen Lohnes in Höhe von €12,50, die er für den Rücktransport an den Studenten zahlen musste.

A. V könnte einen Anspruch auf Ersatz von Mehraufwendungen in Höhe von €12,50 gemäß § 304 BGB haben.

1. Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass der Gläubiger in Verzug der Annahme ist. Dies ist im Vorliegenden der Fall.

2. Des Weiteren ist erforderlich, dass der Schuldner Mehraufwendungen hat machen müssen, die für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstands notwendig waren. Im Fall ist fraglich, ob V infolge der Nichtabnahme der Weißweinsammlung, dem Jurastudent einen zusätzlichen Lohn für den Rücktransport, wie er so vorgesehen war, hat zahlen müssen. Man kann darauf abstellen, dass der V den Jurastudenten hätte gar nicht engagieren müssen, sondern die Lieferung der Weißweine alleine vornehmen können. Dem ist entgegenzuhalten, dass der V angesichts der Tatsache, dass er seine Abschlussvorlesung gehalten hat und seinen Lebensabend in südlicheren Gefilden genießen will, schon ein älterer Mann ist, dem das Be- und Entladen einer solchen Weißweinsammlung alleine nicht unbedingt zuzumuten ist, wonach das Hinzuziehen einer Hilfsperson durchaus von Nöten zu sein scheint. Somit steht fest, dass er diesen zusätzlichen Lohn in Höhe von €12,50, den er für das erfolglose Angebot (s.o.) dem Jurastudenten für den Rücktransport hat zahlen müssen an Mehraufwendung von K ersetzt verlangen kann.

Ergebnis: V kann somit sein Begehren auf Ersatz der Zahlungsverpflichtung in Höhe von €12,50 an den Jurastudenten auch auf § 304 stützen.

B. V könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gegen K in Höhe von €12,50, die er für den Rücktransport an den Studenten Zahlen musste, aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB verlangen.

1. Voraussetzung hierfür ist das Bestehen eines wirksamen Schuldverhältnisses im Sinne des § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Diese liegt in Form eines wirksam geschlossenen Kaufvertrages gemäß § 433 BGB (s.o) zwischen K und V vor.

2. Des Weiteren erfordert das Entstehen eines Schadensersatzanspruches gemäß dieser Norm eine Pflichtverletzung aus dem vorbezeichneten Schuldverhältnis. Dazu bedarf es zunächst der Feststellung, welche Leistungspflichten sich hierfür aus dem Kaufvertrag ergeben. Gemäß § 433 Abs. 2 BGB ist K nicht nur zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, sondern auch zur Abnahme der gekauften Sache. Dabei handelt es sich um eine im Rahmen einer Leistungsklage einklagbare Nebenleistungs-Pflicht des Käufers. Dieser Pflicht ist K im vorliegenden Fall nicht nachgekommen. Somit liegt eine Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB vor.

Zu beachten ist hier aber, dass gemäß § 280 Abs. 2 BGB Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nur verlangt werden kann, wenn die zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 vorliegen, der Schuldner sich also in Verzug befindet.

An dieser Stelle wird im Gutachten deshalb § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zunächst übergangen, da das Vertretenmüssen des Schuldners keine anspruchsbegründende Voraussetzung darstellt, sondern lediglich ein mögliches Gegenrecht des Schuldners, welches dieser zu beweisen hat (s.o.). § 280 Abs. 2 BGB stellt aber eindeutig klar, dass zu den anspruchsbegründenden Voraussetzungen eines etwaigen Schadensersatzanspruches wegen Verzögerung der Leistung zusätzlich die Voraussetzungen des § 286 BGB vorliegen müssen.

Gemäß § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB sind folgende Voraussetzungen zu erfüllen:

a. Es muss aa. ein wirksamer und bb. ein durchsetzbarer Anspruch auf Seiten des Gläubigers bestehen.

aa. Ein wirksamer Anspruch auf Seiten des Gläubigers, hier V liegt vor.

bb. Durchsetzbar ist ein Anspruch dann, wenn dieser fällig ist. Dies richtet sich im vorliegenden Fall nach § 271 Abs. 2 BGB und kann hier an dieser Stelle unter Bezugnahme der Ausführungen unter I. 5. a. bb. eindeutig bejaht werden.

b. Des Weiteren ist erforderlich, dass der Schuldner nicht leistet. Im vorliegenden Fall war der Schuldner der Abnahmeverpflichtung aus § 433 Abs. 2 a.E., hier K, am vereinbarten Samstagvormittag nicht anwesend und ist infolgedessen seiner

Verpflichtung zur Abnahme nicht nachgekommen. Folglich liegt das Erfordernis der Nichtleistung auf Seiten des Schuldners K vor.

c. Ferner ist für das Vorliegen des Schuldnerverzuges eine Mahnung auf Seiten des Gläubigers grundsätzlich erforderlich. Eine Mahnung ist eine einseitige Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, seiner Leistungsverpflichtung endlich nachzukommen. Dies hat V gegenüber K aber nicht getan. Folglich müsste der Verzug des K mangels Vorliegen einer nach § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderlichen Mahnung verneint werden, wenn es der Mahnung ausnahmsweise nach Absatz 2 des § 286 BGB nicht bedarf.

Nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB „(...) bedarf es der Mahnung nicht, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, (...)“. Im Fall haben aber, wie bereits oben festgestellt, die Vertragsparteien K und V den nächsten Samstagvormittag in ihrer vertraglichen Vereinbarung mit aufgenommen. Somit liegt eine Bestimmung einer Leistungszeit nach dem Kalender im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor, wonach es einer Mahnung durch V nicht bedarf. Folglich liegen die Voraussetzungen des § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB vor mit der Besonderheit, dass es in diesem Fall einer Mahnung nicht bedarf.

Dies gilt nur dann nicht, wenn gemäß § 286 Abs. 4 BGB die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Schuldner „(...) Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist“. Im vorliegenden Fall kommt der Haftungsmaßstab der Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Absatz 2 des § 276 BGB in Betracht. Danach handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Im Fall hatte der K nicht vorhersehen können, dass er kurzfristig am Freitagnachmittag eine Einladung erhalten werde, am Wochenende einen Gastvortrag im Rahmen einer Fachtagung an der Sorbonne halten zu können. Nun kann man darauf abstellen, dass er gewusst hat, dass er im Falle, dass er den V nicht mehr benachrichtigen wird können, seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrag zur Abnahme der Kaufsache nicht nachkommen kann; um dies zu vermeiden, stellt sich die Frage, ob er diese Einladung hätte nicht einfach absagen können. Da es hier aber um die Übernahme beruflicher Verpflichtungen geht, die sicherlich von wichtigerer Bedeutung sind, als die Einhaltung von Verpflichtungen aus privat abgeschlossenen Verträgen der vorliegenden Art, ist ihm eine solche Absage kaum zumutbar. Somit kann darin nicht die Fahrlässigkeit zu sehen sein. Auch hat der K laut Sachverhaltsangaben den V nicht mehr in Kenntnis setzen können, wonach ihm ebenfalls nicht zur Last

gelegt werden kann, dass er im Sinne des § 276 Abs. 2 BGB fahrlässig gehandelt hat. Daraus könnte man schließen, dass er K, wegen des unvorhergesehenen Ereignisses keinerlei Verschulden trifft und er somit die Umstände, die zur Leistungsverzögerung führte, nicht zu vertreten hat.

Jedoch ist es auf Grund allgemeiner Lebenserfahrung durchaus zumutbar, dass man bei solch unvorhergesehenen Ereignissen alles Erdenkliche unternimmt, um seinen vertraglichen Pflichten nachkommen zu können und entsprechend Vorsorge trifft, obschon man weiß, dass man seinen Vertragsgegner nicht von dieser absehbaren Leistungsstörung in Kenntnis setzen kann. Im Fall hätte der K durchaus eine von ihm zur Entgegennahme der Weißweinsammlung ermächtigte Hilfsperson einsetzen können, um seiner vertraglichen Verpflichtung am vereinbarten Samstagvormittag zu genügen. Auch in § 286 Abs. 4 BGB muss der Schuldner darlegen und beweisen, dass er den Umstand, der zum Ausbleiben der Leistung führt, nicht zu vertreten hat. Aus dem Sachverhalt geht aber nicht hervor, welche Anstrengungen der K unternommen hat, sich einer solchen Hilfsperson zu bedienen; auch fehlen jegliche Anhaltspunkte, welche persönlichen Verhältnisse den K umgeben, wonach es ihm vielleicht auch gar nicht möglich wäre, eine solche Hilfsperson einzusetzen. Zu alledem macht der Sachverhalt aber keine Angaben, wonach dem K es hier nicht gelungen ist, darzulegen und zu beweisen, dass er die Verzögerung der Leistung nicht zu vertreten hat.

Demnach liegen auch die weiteren Voraussetzungen des § 286 BGB gemäß § 280 Abs. 2 BGB vor (Anmerkung: An dieser Stelle ist die Ablehnung eines Verschuldens des K mit einer entsprechenden Argumentation mindestens ebenso gut vertretbar).

Somit liegen alle Voraussetzungen zum Ersatz des Verzögerungsschadens vor.

Gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB entfällt die Verpflichtung zum Schadensersatz, wenn der K die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Jedoch wird dem K, unter Bezugnahme auf die obige Begründung, der Nachweis, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, nicht gelingen. Das Gegenrecht des K greift nicht, mit der Konsequenz, dass er dem V zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet ist, der infolge des Ausbleibens der Leistung durch K entstanden ist.

Schadensersatzansprüche setzen schließlich einen Schaden voraus. Unter einem Schaden versteht man jede unfreiwillige Einbuße an Rechtsgütern und Vermögen, wobei es § 253 Abs. 1 BGB zu beachten gilt.

Die Art und Weise des Schadensersatzes richtet sich dabei nach den §§ 249 ff. BGB; nach § 249 Abs. 1 BGB ist der Zustand herzustellen, der ohne die Pflichtverletzung bestehen würde. V kann also verlangen, so gestellt zu werden, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung stünde. Ohne die Pflichtverletzung hätte V ordnungsgemäß erfüllen können, so dass er dem Jurastudenten keinen zusätzlichen Lohn für den Rücktransport in Höhe von €12,50 hätte zahlen müssen. Dieser Schaden ist auch durch die Nichterfüllung verursacht worden (haftungsausfüllende Kausalität).

Zu ersetzen sind demnach also die €12,50, da ohne die Pflichtverletzung V keinen Rücktransport hätte vornehmen und dem Jurastudenten folglich diesen zusätzlichen Lohn nicht bezahlen müssen.

Ergebnis: V kann von K gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB Schadensersatz in Höhe von €12,50 verlangen.

---

### *V. Haftung und Gewährleistung beim Kauf*

Für die Nichtleistung und die verspätete Leistung gelten die allgemeinen Leistungsstörungenregeln der Unmöglichkeit (§§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 283 bzw. § 326 Abs. 5 BGB), der Leistungsverspätung (§§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281 bzw. 323 BGB) und des Verzuges (§§ 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286, 288 BGB). Die auf den Kaufgegenstand selbst bezogene Schlechtleistung des Verkäufers hat der Gesetzgeber des BGB in einem speziellen Gewährleistungsrecht (§§ 434 ff. BGB) geregelt. Dieses ist seinerseits seit der Schuldrechtsreform in das allgemeine Leistungsstörungenrecht eingebettet (§ 437 BGB) und modifiziert dieses lediglich punktuell (§§ 438 BGB ff.).

Im früheren Recht hatte der Gesetzgeber die Sachmängel- und die Rechtsmängelhaftung stark unterschiedlich ausgestaltet: Während der Verkäufer für Rechtsmängel nach allgemeinem Schuldrecht und damit insgesamt strenger haftete (§§ 440 Abs. 1, 325 bzw. 326 BGB a.F.), haftete er für Sachmängel nach Gewährleistungsrecht (§§ 459 BGB ff.). Diese Differenzierung hat der Gesetzgeber nunmehr mit der Schuldrechtsreform aufgegeben und Rechts- (§ 435 BGB i.V.m. § 437 BGB) wie Sachmängelhaftung (§ 434 i.V.m. § 437 BGB) einheitlich dem Gewährleistungsrecht unterstellt.

Kommt der Verkäufer seiner Pflicht, die Sache frei von Sachmängeln zu verschaffen (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB) nicht nach, dann haftet er also ebenso, wie wenn er seiner Pflicht zur rechtmängelfreien Leistung (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB)

nicht nachkommt. In beiden Fällen kann der Käufer zunächst einmal Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB) verlangen und hierfür eine Frist setzen, bei deren fruchtlosem Ablauf er Schadens- oder Aufwendungsersatz (§§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281 Abs. 1 bzw. 284 BGB) verlangen und/oder (§ 325 BGB) vom Vertrag zurücktreten oder mindern kann (§§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 bzw. 441 BGB). Ist die Beseitigung des Sach- oder Rechtsmangels ebenso unmöglich wie die Leistung eines sach- bzw. rechtmängelfreien Kaufgegenstandes, so hat der Käufer die gleichen Rechtsbehelfe, nur mit dem Unterschied, dass der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 275 Abs. 1 BGB entfällt und sich die Rechtsgrundlagen für Schadensersatz und den Rücktritt ändern (Schadensersatz: §§ 437 Nr. 3, 440, 283 BGB; Rücktritt: §§ 437 Nr. 2, 440, 326 Abs. 5 BGB).

Sowohl für die Rechts- wie für die Sachmängelhaftung ist damit der Grundsatz des Vorrangs der Nacherfüllung vor der Geltendmachung von Sekundärleistungsansprüchen bzw. der Rückabwicklung des Vertrages festgeschrieben. Aus dem Recht des Käufers, Nacherfüllung zu verlangen, wird so ein Recht des Verkäufers zur Nachbesserung und zur zweiten Andienung.

### **1. Sachmängelhaftung im Kaufrecht (§§ 434, 437 ff. BGB)**

Bis zur Schuldrechtsreform war in der Rechtslehre das dogmatische Verhältnis zwischen dem kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistungsrecht und den zum allgemeinen Schuldrecht gehörenden Regeln über die Nichterfüllung der vertraglichen Leistungspflicht umstritten. Im Kern ging es dabei um die Frage: Haftet der Verkäufer, der eine mangelbehaftete Sache geleistet hat, beim Stückkauf, weil er den Vertrag nicht erfüllt hat oder handelt es sich beim Sachmängelgewährleistungsrecht um eine vom allgemeinen Schuldrecht unabhängige, dogmatisch selbständige Figur des Kaufrechts? Die Antwort auf diese Frage hing davon ab, ob man eine Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung einer mangelfreien Sache bejahte (so die Erfüllungstheorie) oder verneinte (so die Gewährleistungs- oder Gewährschaftstheorie).

Der Gesetzgeber hat sich mit der Schuldrechtsreform nunmehr ausdrücklich zur Erfüllungstheorie bekannt, indem er in § 433 Abs. 1 S. 2 BGB eine dem Gesetzestext bisher fremde Verpflichtung des Verkäufers zur Leistung einer sachmängelfreien Sache angeordnet hat. Leistet der Verkäufer also eine sachmangelbehaftete Sache, so erfüllt er den Kaufvertrag nicht, sodass der Käufer konsequenterweise von ihm Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB) verlangen kann.

Der Sachmangelbegriff des neuen Kaufrechts ist auf sieben verschiedene Tatbestände verteilt: den Sachmangel kraft Abweichung von der vereinbarten

Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB), kraft mangelnder Eignung zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB), kraft mangelnder Eignung zur gewöhnlichen Verwendung oder Abweichung von der üblichen Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, S. 3 BGB), kraft unsachgemäßer Montage (§ 434 Abs. 2 S. 1 BGB), kraft mangelhafter Montageanleitung (§ 434 Abs. 2 S. 2 BGB), kraft Lieferung eines aliuds (§ 434 Abs. 3 1. Alt. BGB) und kraft Lieferung einer zu geringen Menge (§ 434 Abs. 3 2. Alt. BGB). Da dies gegenüber der Konzeption des früheren BGB, die mit zwei haftungsbegründenden Tatbeständen für das Sachmängelgewährleistungsrecht auskam (Fehler und zugesicherte Eigenschaft), eine verwirrende Vielfalt darstellt, empfiehlt es sich aus didaktischen Gründen, diese sieben Sachmängelarten ihren jeweiligen Grundgedanken nach zusammenzufassen und auf drei Fallgruppen haftungsbegründender Tatbestände zu reduzieren: den Beschaffenheitsmangel (§ 434 Abs. 1 BGB) (=für den Käufer ungünstige Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit), den Montage- bzw. Montageanleitungsmangel (§ 434 Abs. 2 BGB) und die Aliud- bzw. Mankolieferung (§ 434 Abs. 3 BGB). Diese drei Tatbestände wollen wir nun näher betrachten:

### *a. Der Beschaffenheitsmangel*

Gemäß § 434 Abs. 1 BGB haftet der Verkäufer einer Sache, wenn ihre Ist-Beschaffenheit zur Zeit des Gefahrübergangs (§§ 446, 447 BGB) ungünstig von ihrer Soll-Beschaffenheit abweicht. Die Soll-Beschaffenheit ist nach § 434 Abs. 1 BGB anhand eines dreistufigen Prüfungsrasters wie folgt zu ermitteln: Haben die Parteien eine bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache ausdrücklich oder konkludent vereinbart, so bestimmt sich die Soll-Beschaffenheit alleine nach dieser Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB). Falls es dagegen nicht zu einer derartigen Beschaffenheitsvereinbarung gekommen ist, bestimmt sich die Soll-Beschaffenheit nach der Eignung der Kaufsache für ihre vertraglich vorausgesetzte Verwendung (Verwendungszweckvereinbarung) (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB). Ist schließlich, wie häufig bei kleineren Bargeschäften des täglichen Lebens, auch eine solche Verwendungszweckvereinbarung nicht getroffen worden, bestimmt sich die Soll-Beschaffenheit nach der Eignung der Kaufsache für ihre gewöhnliche Verwendung und den Beschaffenheitsmerkmalen, die bei Sachen der gleichen Art üblich sind und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB).

Allerdings fällt unter den auf diese Weise charakterisierten Beschaffenheitsmangel nicht jede solche Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit, da die Verfehlung der Soll-Beschaffenheit auch darauf beruhen kann, dass eine andere als die geschuldete Leistung (aliud) erbracht wurde. Bei einer solchen Falschlieferung

griffen im früheren Recht nach allgemeiner Ansicht nicht die Vorschriften über die Sachmängelgewährleistung, sondern die allgemeinen Vorschriften über Leistungsstörungen ein (BGH NJW 1979, 811), sodass im Hinblick auf die damit verbundenen unterschiedlichen Rechtsfolgen im Einzelfall eine saubere Abgrenzung zwischen Sachmangel und Falschlieferung erfolgen musste. Im neuen Recht ist man dieser Notwendigkeit regelmäßig deshalb entgangen, weil § 434 Abs. 3 BGB die Falschlieferung dem Sachmangel gleichstellt, sodass man künftig in der Fallbearbeitung, wenn feststeht, dass entweder ein Sachmangel oder eine Falschlieferung vorliegt, die Abgrenzung im Hinblick auf diese Gleichstellung dahingestellt sein lassen kann. Wir wollen uns zunächst dem Sachmangel auf Grund Nichteinhaltung der Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB) zuwenden.

*i. Sachmangel kraft Abweichung von der Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB)*

Haben die Parteien eine Beschaffenheitsvereinbarung geschlossen, so ist diese alleiniger Maßstab für die Soll-Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB). Damit hat der Gesetzgeber den im früheren Recht herrschenden Streit, ob die Soll-Beschaffenheit subjektiv nach den Parteivereinbarungen (sogen. subjektiver Fehlerbegriff) oder objektiv nach den im Verkehr vorherrschenden Auffassungen über die Qualität bestimmter Sachen (sogen. objektiver Fehlerbegriff) zu bestimmen ist, zu Gunsten des Vorranges des auch schon im früheren Recht herrschenden subjektiven Fehlerbegriffs entschieden. Welche Merkmale dabei alle unter den vom Gesetz benutzten Begriff der „Beschaffenheit“ fallen sollen, hat der Gesetzgeber nicht abschließend entscheiden wollen:

„Der Begriff der „Beschaffenheit“ soll nicht definiert werden. Insbesondere soll nicht entschieden werden, ob er nur Eigenschaften erfasst, die der Kaufsache unmittelbar physisch anhaften, oder ob auch Umstände heranzuziehen sind, die außerhalb der Sache selbst liegen“ (BT-Drucks. 14/6040, S. 213).

Die Entscheidung dieser Frage hat der Gesetzgeber demnach Rechtsprechung und Lehre überlassen. Als kleinster gemeinsamer Nenner hierzu hat sich inzwischen die Überzeugung herauskristallisiert, man müsse den Begriff der Beschaffenheit möglichst weit verstehen, um dem gesetzgeberischen Anliegen der weitestgehenden Beseitigung von Abgrenzungsproblemen zwischen Sachmängelgewährleistungsrecht und allgemeinem Leistungsstörungenrecht gerecht zu werden. Ob man bei diesem großzügigen Verständnis des Beschaffenheitsbegriffs wirklich so weit gehen soll, auf jeden Bezug des vereinbarten Merkmals zur Kaufsache zu verzichten (in diese Richtung gehen die Ausführungen von Malzer, in: Hoeren/Martinek, Systematischer Kommentar zum



Kaufrecht, § 434 Rdnrn. 14 ff.), ist zwar noch offen, im Ergebnis aber nicht zu befürworten, da dem der Gesetzeswortlaut „Sachmangel“ entgegensteht und insoweit angesichts des Eingreifens des allgemeinen Leistungsstörungsrechts kein praktisches Bedürfnis für eine solch extreme Ausweitung des Beschaffenheitsbegriffs besteht (a.A. mit beachtlichen Erwägungen Berger, JZ 2004, 276). Es ist daher damit zu rechnen, dass sich ein etwas engeres Verständnis durchsetzen wird, wonach zur (Sach-)Beschaffenheit alle Eigenschaften, die der Sache anhaften und jeder tatsächliche, wirtschaftliche oder rechtliche Umstand, der in ihr wurzelt oder auf sie Bezug hat, gehören (Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnrn. 10 und 14; Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 434 Rdnr. 9). Völlig außerhalb der Sache liegende Umstände, die etwa alleine in der Person des Käufers wurzeln, bleiben mithin auch weiterhin dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht vorbehalten (Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnr. 11).

Damit ein so verstandenes Beschaffenheitsmerkmal zum Inhalt der Soll-Beschaffenheit wird, müssen die Parteien es vereinbart haben. Eine solche Vereinbarung muss nicht ausdrücklich geschlossen werden. Dies wird wohl auch in der Praxis eher selten vorkommen. Im Rechtsalltag wird daher die konkludent (stillschweigend) zustande gekommene Beschaffenheitsvereinbarung im Vordergrund stehen. Eine solche kann man etwa bejahen, wenn der Verkäufer die Eigenschaften der Ware beschreibt und der Käufer - für den Verkäufer erkennbar - auf der Grundlage dieser Beschreibung seine Kaufentscheidung trifft oder wenn der Käufer dem Verkäufer gegenüber zum Ausdruck bringt, welche Eigenschaften er erwartet und der Verkäufer ihm daraufhin, ohne auf diese Ausführungen des Käufers ausdrücklich einzugehen, eine Sache verkauft (vgl. Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 434 Rdnr. 8). Kein Raum für eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung ist lediglich dann, wenn der Kaufvertrag (z.B. nach § 311b Abs. 1 BGB) formbedürftig ist. In diesem Fall muss auch die Beschaffenheitsvereinbarung (z.B. die Beschreibung der Kaufsache) formgerecht zustande gekommen sein, beim Grundstückskaufvertrag also etwa mit beurkundet sein. Ist dies nicht der Fall, kommt aber meist noch eine Heilung des Formmangels durch Erfüllung in Betracht (beim Grundstückskauf etwa nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB), die sich dann auch auf die Beschaffenheitsvereinbarung erstreckt (Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnr. 18).

Die Beschaffenheitsvereinbarung kann sich auf beliebig viele Eigenschaften beziehen. Entscheidend ist nur, dass die jeweiligen Eigenschaften hinreichend bestimmt waren und auch von den Parteien verbindlich gemeint waren. Erkennbar scherzhaft gemeinte und übertriebene Anpreisungen (etwa nach der Art des „Hamburger Fischmarktes“) scheiden demnach als Gegenstand der

Beschaffenheitsvereinbarung ebenso aus wie bloße Wertungen („Der Pullover ist topmodern“). Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass Beschaffenheitsvereinbarungen bei unklaren Formulierungen nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragsauslegung entsprechend §§ 133, 157 BGB nach dem Horizont des jeweiligen Erklärungsempfängers nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegen sind (Malzer: Martinek/Hoeren, Systematischer Kommentar zum Kaufrecht, § 434 Rdnr. 20).

*(1) Beschaffenheitsvereinbarung und Umweltbeziehungen*

Wie bereits erörtert wollte der Gesetzgeber den Begriff der Beschaffenheit in § 434 Abs. 1 S. 1 BGB nicht abschließend definieren. Dazu hat er ausgeführt: „Insbesondere soll nicht entschieden werden, ob er nur Eigenschaften erfasst, die der Kaufsache unmittelbar physisch anhaften, oder ob auch Umstände heranzuziehen sind, die außerhalb der Sache selbst liegen“ (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 213). Damit hat der Gesetzgeber die Bestimmung der äußeren Grenzen des Beschaffenheitsbegriffes Rechtsprechung und Lehre überlassen. Bei der Lösung dieses Problems ist zu bedenken, dass der Käufer einer Kaufsache, die in bestimmten Aspekten hinter dem vertraglich vereinbarten Pflichtenprogramm zurückbleibt, auch dann nicht schutzlos gestellt ist, wenn man einigen dieser Aspekte die Eigenschaft, Beschaffenheitsmerkmal zu sein, abspricht. Im Gegenteil: Der Verkäufer haftet dann nämlich unmittelbar nach §§ 280 ff. BGB, also nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht, welches - etwa hinsichtlich der verkürzten Verjährungsfrist im kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistungsrecht (vgl. § 438 BGB) - grundsätzlich käuferfreundlicher ist als das allgemeine Leistungsstörungenrecht modifizierende Gewährleistungsrecht. Die mit diesen Modifizierungen verbundenen spezifisch kaufrechtlichen Wertungen gebieten es aber gerade, den Beschaffenheitsbegriff nicht einer konturenlosen Ausuferung preiszugeben: Sie machen nämlich nur dann Sinn, wenn die haftungsbegründende Pflichtverletzung ihren tieferen Grund in der Kaufsache selbst hat. Demnach ist es auch im neuen Recht erforderlich, den Begriff der Beschaffenheit der Kaufsache konturenscharf zu definieren (a.A. mit beachtlichen Erwägungen Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rdnrn. 306 ff.; Berger, JZ 2004, 276).

Zur Beschaffenheit der Kaufsache zählen in erster Linie und unproblematisch die körperlichen Merkmale der Sache. Unkörperliche Eigenschaften der Sache können - entsprechend der ständigen Rechtsprechung und herrschenden Meinung zum Fehlerbegriff des alten Rechts - nur dann Beschaffenheitsmerkmale sein, wenn es sich bei ihnen um Beziehungen der Sache zur Umwelt handelt, die wegen ihrer Art und Dauer die Brauchbarkeit oder den Wert der Sache beeinflussen. Dabei kann es sich um tatsächliche, wirtschaftliche, rechtliche oder soziale Umweltbeziehungen

handeln (Weidenkaff, in: Palandt, Rdnrn. 11 und 14). Typische Beispiele für tatsächliche Umweltbeziehungen, die Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein können, sind etwa die Lage des verkauften Grundstückes oder die Herkunft der verkauften Sache. Dabei ist mit Herkunft sowohl die geographische Herkunft eines Argarprodukts als auch die Herstellung eines Werkes durch einen bestimmten Künstler gemeint. Stammt etwa der gelieferte Wein aus einem anderen Anbaugebiet als vereinbart und führt dies nicht zur Annahme einer Falschlieferung gemäß § 434 Abs. 3 BGB, so weist der Wein nicht die vereinbarte Beschaffenheit auf. Ebenso entspricht ein Bild, das nicht von dem Künstler stammt, den beide Parteien gemeinsam als Maler vorausgesetzt haben, nicht der vereinbarten Beschaffenheit (OLG Frankfurt, NJW 1993, 1477).

Bei den einen Sachmangel begründenden rechtlichen Beziehungen der Sache zur Umwelt stellt sich das bereits angesprochene Problem der Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsmangel. Dabei gestaltet sich die Abgrenzung insbesondere bei öffentlich-rechtlichen Nutzungsbeschränkungen besonders schwierig. Allerdings ist die Abgrenzung im Hinblick auf die in der Schuldrechtsreform vorgenommene Angleichung der Rechtsfolgen der Haftung für Sach- und Rechtsmängel nicht mehr von praktischer Relevanz. Wenn man bei Fallbearbeitungen nach neuem Recht die Frage, ob ein bestimmter vertragswidriger Umstand einen Sachmangel oder einen Rechtsmangel bildet, nicht offen lassen möchte (obwohl dies im Hinblick auf die Rechtsfolgenparallelität der Sach- und Rechtsmangelhaftung ohne Weiteres möglich wäre), bietet es sich an, an die zum alten Recht zur Abgrenzung entwickelten Lösungen anzuknüpfen.

Hier hatte sich in der Lehre überwiegend der Ansatz durchgesetzt, der eine rechtliche Beziehung der Sache zur Umwelt dann zur Beschaffenheit rechnet, wenn sie ihrerseits mit der Beschaffenheit der Sache oder deren Lage zusammenhing, also letztlich in der Sache wurzelte. Unter dieser Voraussetzung hielt man nämlich zu Recht die spezifisch kaufrechtlichen Wertungen des Sachmängelrechts (und insbesondere die kurze Verjährung nach § 477 BGB a.F.) für einschlägig.

Nach dieser aufs neue Recht ohne Weiteres übertragbaren Lösung ist z.B. bei bauplanungsrechtlich begründeten Baubeschränkungen von einem Sachmangel auszugehen, da die bauplanungsrechtliche Bebaubarkeit eines Grundstückes an die Lage des Grundstückes anknüpft (Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 434 Rdnr. 9; vgl. auch die Rechtsprechung zum alten Recht: RGZ 131, 343, 348 f.; BGH NJW 1969, 837; BGHZ 117, 159, 162 f.; vgl. auch Johlen, NJW 1979, 1531 m.w.N.). Das Gleiche muss auch für behördliche Eingriffe und Beschränkungen in Bezug auf ein Grundstück gelten, das mit Altlasten verseucht ist, da auch hier die Eingriffsbefugnis der Behörden ihren Grund in der physischen Beschaffenheit des Bodens in Form von Verunreinigungen hat (Knoche, NJW 1995, 1985, 1986).

Ferner vertrat der BGH auch zum alten Recht die aufs neue Recht übertragbare Ansicht, dass solche Mängel, die die Befugnis einer Behörde zur Beschlagnahme der verkauften Sache begründen, einen Rechtsmangel darstellen, da sie dadurch gekennzeichnet seien, dass der Verkäufer dem Käufer nur Eigentum ohne rechtlichen Bestand verschaffen könne (BGHZ 113, 106, 112; BGH NJW 1983, 275).

Ein Beispiel für eine einen Beschaffenheitsmangel begründende soziale Beziehung einer Sache zur Umwelt ist der schlechte Ruf, der dem Kaufgegenstand (z.B. einem Gewerbebetrieb) als Makel anhaftet. So hat das RG etwa einen Beschaffenheitsmangel bejaht, wenn sich nach dem Kauf herausstellt, dass ein als „Pension“ verkaufter Geschäftsbetrieb „in Wirklichkeit ein der Unzucht dienendes Absteigequartier“ ist (RGZ 67, 86, 90).

Die Frage, ob unrichtige Angaben über die vor der Veräußerung erzielten Umsätze eines Unternehmens als von der Sollbeschaffenheit ungünstig abweichende wirtschaftliche Beziehungen einer Sache zur Umwelt einen Beschaffenheitsmangel begründen, war im alten Recht umstritten. Dieser Streit wird wohl auch im neuen Recht mit den gleichen Argumenten ausgetragen werden. Im alten Recht war der Meinungsstand wie folgt: Der BGH sah in der Angabe über den vergangenen Umsatz oder Ertrag eines Unternehmens keine Beschaffenheitsvereinbarung, da der Umsatz auch stark von der Marktlage und vom Unternehmer selbst abhängig sei und daher nicht definitionsgemäß in der Sache wurzele (BGH NJW 1970, 653, 654 m. kritischer Anmerkung von Putzo). Dem ist in der Literatur entgegengehalten worden, dass aussagekräftiges Zahlenmaterial durchaus Aufschluss über die Funktionstauglichkeit des Unternehmens geben könne, sodass insoweit für den Käufer ungünstige Abweichungen von der Wirklichkeit der Risikosphäre des Verkäufers zugerechnet werden müsse. Die durch Vorlage von Bilanzen gemachten Angaben über vergangenen Umsatz und Ertrag waren dieser Ansicht nach Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung, wenn sie erkennbar den Vertragszweck des Käufers bestimmen (MüKo/H.P. Westermann, § 459 Rdnr. 54).

### *(2) Verdacht eines Beschaffenheitsmangels*

In einigen Fällen taucht die schwierige Frage auf, ob bereits der Verdacht, dass eine Sache mit einem Beschaffenheitsmangel behaftet ist, zur Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes führt. Der BGH hat sich mit dieser Frage grundlegend in BGHZ 52, 51 ff. auseinander gesetzt. Dieser Entscheidung lag folgender, leicht abgewandelter Sachverhalt zugrunde (vgl. dazu auch die - allerdings auf altem Recht basierende - Klausur von Rüßmann/Lange, in: JuS 2001, 980 ff.):

V ist eine Handelsgesellschaft, die vor allem auf den Import von Wild spezialisiert ist. K, der ein Selbstbedienungslager betreibt, erwirbt von V einen Posten gespickter Hasenkeulen und Hasenrücken, ohne dass beim Abschluss des Kaufvertrages über das Ursprungsland der Ware gesprochen wird. Am Tag der Auslieferung der Ware berichtet die Bild-Zeitung unter Schlagzeilen, dass etwa 50.000 mit Salmonellen verseuchte tiefgefrorene Hasen von Argentinien nach Deutschland eingeführt worden seien. Daraufhin fragt K bei V nach, ob die von V gelieferten Hasen auch aus Argentinien stammten, was V bejaht. Auf diese Bestätigung hin verlangt K die Rücknahme der Ware und Lieferung eines entsprechenden Postens gespickter Hasenkeulen und Hasenrücken aus einem anderen Herkunftsland, da der gelieferte Posten nicht verkäuflich sei und das Ordnungsamt ihm bis auf weiteres den Verkauf der Hasen untersagt habe. Da V nicht auf das Verlangen des K eingeht und Zahlung des Kaufpreises verlangt, verdirbt das eingelagerte Hasenfleisch schließlich infolge überlanger Lagerung und wird vernichtet. V nimmt K auf Zahlung des Kaufpreises in Anspruch. Mit Recht?

Es ist zu prüfen, ob K dem aus § 433 Abs. 2 BGB begründeten Anspruch des V auf Zahlung des Kaufpreises die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus § 320 Abs. 1 BGB entgegenhalten kann. Dies setzt hier voraus, dass V seine Pflicht zur sachmängelfreien Leistung gemäß § 433 Abs. 1 S. 2 BGB nicht erfüllt hat, weil das gelieferte Fleisch mit einem Beschaffenheitsmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB behaftet war. Wenn nachgewiesen wäre, dass die Hasen salmonellenverseucht waren, dann könnte man einen Beschaffenheitsmangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB unproblematisch bejahen, da die Parteien stillschweigend vereinbart hatten, dass das Hasenfleisch jedenfalls auf Grund seiner Beschaffenheit zum gesundheitlich unbedenklichen Verzehr und damit auch zum Verkauf als Lebensmittel geeignet sein sollte (vgl. BGHZ 52, 51, 53). Der Salmonellenbefall des Fleisches steht aber gerade nicht fest und kann wegen der zwischenzeitlich erfolgten Vernichtung des Fleisches auch nicht mehr festgestellt werden. Daher stellt sich nun die Frage, ob auch der Verdacht des Salmonellenbefalls einen Beschaffenheitsmangel darstellt. Der BGH ist der Auffassung, dass auch der auf konkrete Tatsachen gestützte, nahe liegende Verdacht gesundheitsschädlicher Beschaffenheit, den der Käufer nicht durch zumutbare Maßnahmen ausräumen kann, als Beschaffenheitsmangel gewertet werden kann, da er den Vertragszweck „Weiterveräußerung der Ware“ vereitelt (BGHZ 52, 51, 53 f.; BGH NJW 1989, 218, 219 f.). Bei dem auf der Herkunft der Ware beruhenden, praktisch nicht ausräumbaren Verdacht handelt es sich dann um eine den Beschaffenheitsmangel begründende soziale Beziehung des Kaufgegenstandes zur Umwelt. Allerdings musste der BGH im konkreten Fall noch prüfen, ob der Käufer den Verdacht nicht durch zumutbare Maßnahmen ausräumen konnte. Hierfür war nach seiner Auffassung die Untersuchung der

gesamten Lieferung durch einen Sachverständigen erforderlich. Da diese Untersuchung den K mehr gekostet hätte als die Ware selbst, hielt der BGH sie für unzumutbar (BGHZ 52, 51, 54). Somit war das Hasenfleisch nach der Auffassung des BGH mangelhaft und K konnte die Zahlung des Kaufpreises gestützt auf § 320 Abs. 1 BGB verweigern.

Zusammenfassend kann man zu dem Problem, ob der Verdacht eines Fehlers einem Fehler gleichgestellt werden kann, sagen, dass der BGH hierfür einen auf konkrete Tatsachen gestützten, nahe liegenden Verdacht verlangt, den der Käufer nicht durch zumutbare Maßnahmen ausräumen kann. Dies gilt aber nur, wenn der Verdacht später (d.h. vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung) nicht ausgeräumt wird. Stellt sich dagegen später heraus, dass der Verdacht unbegründet war, so will der BGH einen Beschaffenheitsmangel verneinen, da die Ware nie mangelhaft war (BGH NJW 1972, 1462, 1463; NJW 1989, 218, 220). Das wird man aber so verstehen müssen, dass die Verneinung eines Beschaffenheitsmangels bei nachträglicher Widerlegung des Verdachts nur gilt, wenn die Ware danach wieder unbedenklich verzehrt und/oder verkauft werden kann. Ist sie zwischenzeitlich aber, wie in dem Fall der argentinischen Hasen, ungenießbar geworden, so war sie bis zuletzt auf Grund des Verdachts unverkäuflich und damit für den K unbrauchbar. Nach § 434 Abs. 1 BGB muss die Sache jedoch bei Gefahrübergang, d.h. grundsätzlich bei Übergabe der Sache (§ 446 BGB), die vereinbarte Beschaffenheit nicht aufweisen und dies könnte oft zur Verneinung eines Beschaffenheitsmangels führen, da der Verdacht als mangelbegründende Umweltbeziehung meist erst nach Gefahrübergang auftauchen wird. Um die Rechtsposition des Käufers zu stärken, bejaht der BGH das Tatbestandsmerkmal „bei Gefahrübergang“ daher bereits dann, wenn der Verdacht erst nach Gefahrübergang entsteht, aber auf Tatsachen beruht, die vor Gefahrübergang bereits gegeben, jedoch noch nicht erkannt waren (BGH NJW 1972, 1462, 1463; 1989, 218, 220). Dies ist auch dogmatisch vertretbar, da der den Mangel begründende Verdacht (genauer gesagt: die verdachtauslösenden Tatsachen) bereits bei Gefahrübergang in der Sache angelegt war (vgl. Rüßmann/Lange, in: JuS 2001, 980, 983).

Ist die Frage, ob auch der nicht ausräumbare Verdacht eines Fehlers einen Fehler darstellt, in der Rechtsprechung zunächst bei Lebensmitteln, die in dem Verdacht der Gesundheitsschädlichkeit standen und zum Wiederverkauf bestimmt waren, aufgetaucht, so dürften in Zukunft Fälle von Grundstücken mit Altlastenverdacht zunehmend relevant werden. Hier wird vorgeschlagen einen mangelbegründenden Verdacht bei Grundstücken anzunehmen, bei deren früherer industrieller Nutzung mit Stoffen gearbeitet wurde, deren Vorhandensein im Boden unstrittig eine behandlungsbedürftige Altlast darstellen würden. Ist das nicht der Fall, so soll ein

entsprechender Verdacht nach Teilbeprobungen zu bejahen sein, die auf eine sanierungsbedürftige Altlast hindeuten (Knoche, NJW 1995, 1985, 1988). Besonders dringend wird sich hier die Frage stellen, bis zu welcher Summe dem Käufer Untersuchungskosten zur Ausräumung des Verdachts zugemutet werden können. Dabei wird im Hinblick auf die hohen Immobilienpreise vorgeschlagen, nicht wie in der BGH-Entscheidung zum argentinischen Hasenfleisch darauf abzustellen, ob die Untersuchungskosten dem Kaufpreis entsprechen, sondern eine Obergrenze festzulegen (vgl. Knoche, NJW 1995, 1985, 1988, der damals 20.000 bis 30.000 DM für zumutbar hielt).

*ii. Sachmangel kraft Nichteignung zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB)*

Nur wenn die Parteien keine Beschaffenheitsvereinbarung im soeben umschriebenen Sinne getroffen haben, bestimmt sich die Soll-Beschaffenheit danach, ob sich die Kaufsache zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung eignet (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB). Dabei hat der Gesetzgeber die praktisch bedeutsame Fallgestaltung im Auge, dass die Parteien sich über bestimmte Eigenschaften der Kaufsache keine Gedanken gemacht haben, weil ihre Aufmerksamkeit statt dessen auf einen bestimmten mit der Kaufsache bezweckten Erfolg (=Verwendungszweck) gerichtet war, der allerdings seinerseits nur beim Vorliegen gewisser Eigenschaften eintreten kann (BT-Drucks. 14/6040, S. 213). So liegt es etwa, wenn ein Buchautor sich einen Laptop zulegen will und dem Verkäufer gegenüber beim Verkaufsgespräch deutlich macht, dass der Laptop ausschließlich dazu dienen soll, dem Autor bei der Schaffung eines großen Romanwerks als „moderne Schreibmaschine“ zur Verfügung zu stehen. Kommt es vor dem Hintergrund dieses konkreten Verwendungszwecks schließlich zum Abschluss eines Kaufvertrages, so haben die Parteien keine unmittelbare Vereinbarung über die Beschaffenheit des Laptops getroffen. Dennoch sind bestimmte, konkrete Beschaffenheitsmerkmale geschuldet. Welche das sind, ergibt sich allerdings nicht aus einer primär auf bestimmte Beschaffenheitsmerkmale bezogenen Vereinbarung, sondern aus dem vereinbarten Verwendungszweck, der seinerseits das Vorliegen bestimmter Merkmale als „selbstverständlich“ voraussetzt. Ein Laptop, der als „moderne Schreibmaschine“ bei der Erstellung eines großen Romanwerkes genutzt werden soll, muss z.B. über eine große Speicherkapazität verfügen und zur Verwendung gängiger, auch anspruchsvoller, Textverarbeitungsprogramme geeignet sein. Er muss statt über filigrane technische Feinheiten zu verfügen, wenig reparaturanfällig und benutzerfreundlich sein, um dem Autor während seiner Schaffensphase möglichst ununterbrochen zur Verfügung zu stehen.

Nach dem Wortlaut des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB muss der Verwendungszweck „nach dem Vertrag vorausgesetzt“ sein. Mit dieser Formulierung wollte der Gesetzgeber die Frage, ob „es sich dabei um eine vertragliche Vereinbarung handelt oder ob es um Vorstellungen der Parteien im Vorfeld des Vertrags geht“, gar nicht entscheiden (BT-Drucks. 14/6040, S. 213). Man wird jedoch bereits bloße Vorstellungen, auf die sich der Kaufentschluss des Käufers gründet und die dem Vertragsschluss als selbstverständlich zugrunde lagen, ausreichen lassen müssen. Denn wenn der Verkäufer in Kenntnis einer vom Käufer geäußerten Verwendungsabsicht eine Sache verkauft, kann er, wenn sich die Sache dann nicht zu diesem Zweck eignet, nicht nur deswegen der Haftung entkommen, weil die Parteien die Eignung der Kaufsache für einen bestimmten Zweck für so selbstverständlich hielten, dass sie gar nicht daran dachten, diese Eignung zum Inhalt ihrer vertraglichen Vereinbarung zu machen. Entscheidend ist allerdings, dass der vorgesehene Verwendungszweck nicht in dem Sinne „einseitig“ geblieben ist, dass er dem Verkäufer gar nicht bekannt wurde und auch für diesen nicht erkennbar war. Denn solche nicht geäußerten und auch nicht erkennbaren Verwendungszwecke sind schon begrifflich nicht „nach dem Vertrag vorausgesetzt“. Sie sind ferner im Sinne einer gerechten Risikoverteilung alleine dem Käufer anzulasten, da es diesem ja offen stand, seine Vertragserwartungen dem Verkäufer gegenüber zum Ausdruck zu bringen.

*iii. Sachmangel kraft Nichteignung zur gewöhnlichen Verwendung oder Abweichung von der üblichen Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, S. 3 BGB)*

Haben die Parteien weder eine Beschaffenheitsvereinbarung noch eine bestimmte Verwendung der Kaufsache vorausgesetzt, kommen als Maßstab für die Soll-Beschaffenheit alleine noch die Eignung der Kaufsache zur gewöhnlichen Verwendung und die übliche Beschaffenheit der Kaufsache in Betracht (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB). Nur wenn beides, Eignung zur gewöhnlichen Verwendung und übliche Beschaffenheit, bejaht werden kann, ist die Kaufsache mangelfrei. Deshalb handelt es sich bei der Nichteignung zur gewöhnlichen Verwendung und der Abweichung von der üblichen Beschaffenheit auch um zwei selbständige Mangeltatbestände. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB ist auf Grund des Anwendungsvorranges der §§ 434 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Nr. 1 BGB als klassischer Auffangtatbestand konzipiert, der sich an den zum früheren Recht gelegentlich vertretenen objektiven Fehlerbegriff anlehnt.

Die gewöhnliche Verwendung des Kaufgegenstandes ist objektiv anhand der Art der Sache und dem Verkehrskreis, dem der Käufer angehört, zu bestimmen. Dabei soll es insbesondere eine Rolle spielen, ob der Käufer die Sache erkennbar als Verbraucher (§ 13 BGB) oder als Unternehmer (§ 14 BGB) kauft (Beispiel:



Kleidung für private oder berufliche Zwecke) (Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnr. 27).

Bei der üblichen Beschaffenheit ist sowohl nach dem Gesetzeswortlaut als auch nach dem Willen des Gesetzgebers auf „Sachen gleicher Art“ als Vergleichsmaßstab abzustellen. Dabei gilt es, genau zu sein: Eine Sache „gleicher Art“ muss in den für die jeweils in Rede stehende Beschaffenheit relevanten Merkmalen mit der Kaufsache übereinstimmen, d.h. etwa bezüglich des Herstellungsmaterials, wenn über die Karosseriebeschaffenheit eines Pkw gestritten wird oder im Baujahr, wenn es um die Üblichkeit bestimmter Verschleißerscheinungen geht (vgl. Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnr. 29). Das bedeutet, dass man etwa bei gebrauchten Sachen nicht die übliche Beschaffenheit eines neuwertigen Gegenstandes zugrunde legen darf, sondern diejenige Beschaffenheit, die eine gepflegte gebrauchte Sache gleicher Art aufweisen müsste. Bei einem Gebrauchtwagen wird man daher zur Ermittlung der üblichen Beschaffenheit als Vergleichsfahrzeug ein durchschnittliches Fahrzeug gleichen Alters und gleicher Laufleistung heranziehen müssen (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 214). Wenn das Gesetz zusätzlich für die „Üblichkeit der Beschaffenheit“ Sachen gleicher Art auf die berechtigten Erwartungen des Käufers abstellt, ist damit keine Versubjektivierung der Soll-Beschaffenheit beabsichtigt. Es kommt nämlich nicht auf die Sicht des konkreten Käufers, sondern auf den objektiven „Erwartungshorizont“ eines vernünftigen Durchschnittskäufers an (BT-Drucks. 14/6040, S. 214). Da es auf Grund der Produktvielfalt und unterschiedlichen Kundenkreise „den“ Durchschnittskäufer nicht gibt, ist Durchschnittskäufer ein repräsentativer Vertreter des am jeweiligen Geschäftstyp (Handelskauf, Verbrauchsgüterkauf, grenzüberschreitender gewerblicher Kauf) üblicherweise beteiligten Personenkreises (Malzer, in: Martinek/Hoeren, Systematischer Kommentar zum Kaufrecht, § 434 Rdnr. 56). Ist demnach beispielsweise bei einem auf die Belieferung von Kantinen spezialisierten Unternehmen der durchschnittliche Kantinenbetreiber „Durchschnittskäufer“, so ist bei einem auf die Belieferung von exquisiten Gourmetlokalen spezialisierten Feinkosthändler der durchschnittliche Gourmetlokalinhaber „Durchschnittskäufer“, nach dessen vernünftigen Erwartungen sich die Beschaffenheit der Ware bestimmt, wenn die Parteien vor der Lieferung weder über die Beschaffenheit der Ware noch über den konkreten Verwendungszweck gesprochen haben.

§ 434 Abs. 1 S. 3 BGB erweitert im Falle des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB (also wenn weder eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen noch eine bestimmte Verwendung vertraglich vorausgesetzt wurde) die Soll-Beschaffenheit um Eigenschaften, die zwar nicht zur üblichen Beschaffenheit gehören, deren Vorliegen der Käufer aber gleichwohl auf Grund öffentlicher Äußerungen des

Verkäufers, Herstellers oder seines Gehilfen, insbesondere in der Werbung, erwarten kann. Hintergrund dieser - in Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erfolgten - Regelung ist Folgendes: Der Käufer, dem der Verkäufer bestimmte Eigenschaften einer Kaufsache im Rahmen des Verkaufsgesprächs zusagt, wird durch § 434 Abs. 1 S. 1 BGB geschützt. Häufig aber kommt es erst gar nicht mehr zu einem solchen Verkaufsgespräch, weil der Käufer bereits auf Grund von Werbeaussagen des Verkäufers oder des Herstellers vom Vorliegen bestimmter Eigenschaften wie selbstverständlich ausgeht. In diesem Fall soll er durch § 434 Abs. 1 S. 3 BGB in seinem Vertrauen auf die Richtigkeit der Werbeaussage geschützt werden. Dieser Regelungszweck ist zwar in erster Linie durch den Verbraucherschutz motiviert. Dennoch hat der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen, den Schutz nur auf den Verbrauchsgüterkauf zu beschränken. Denn auch bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern sind ohne weiteres Fälle denkbar, in denen die Kaufentscheidung durch eine Werbeaussage beeinflusst worden ist, sodass der Käufer, auch wenn er kein Verbraucher ist, in gleichem Maße schutzbedürftig ist (BT-Drucks. 14/6040, S. 214). Eine entscheidende Eingrenzung erfährt der Tatbestand des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB durch das Merkmal der „Öffentlichkeit“ der Äußerung. Öffentlich ist eine Äußerung, wenn sie potentiell für eine unbestimmte Vielzahl von Personen wahrnehmbar ist (ähnlich: Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnr. 34). Das ist insbesondere bei Anzeigen und Werbespots in Druckschriften (Zeitungsannoncen, Warenkataloge etc.), Radio- und Fernsehsendungen oder dem Internet der Fall. Eine weitere Eingrenzung folgt daraus, dass nur Werbeaussagen über konkrete Eigenschaften zu einer Haftung des Verkäufers führen und nicht etwa auch „reißerische Anpreisungen allgemeiner Art ohne Bezugnahme auf nachprüfbar Aussagen über die Beschaffenheit der Kaufsache“ (BT-Drucks. 14/6040, S. 214). Schließlich greift die Erweiterung der Soll-Beschaffenheit über § 434 Abs. 1 S. 3 BGB dann nicht ein, wenn der Verkäufer die fragliche Werbeaussage nicht kannte und auch nicht kennen musste (§ 122 Abs. 2, 276 Abs. 2 BGB: auch leichte Fahrlässigkeit schadet!), sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war (z.B. durch eine breit angelegte Rückrufaktion des Herstellers) oder wenn sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte (§ 434 Abs. 1 S. 3 BGB a.E.). Für das Eingreifen eines dieser Ausnahmetatbestände trägt nach allgemeinen Grundsätzen der Verkäufer die Beweislast. Diese im Gesetzeswortlaut durch die negative Formulierung angelegte Beweislastverteilung („...es sei denn...“) beruht auf der Vorgabe der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (BT-Drucks. 14/6040, S. 214 f.).

*b. Der Montage- und Montageanleitungsmangel (§ 434 Abs. 2 BGB)*

Der mit der Schuldrechtsreform in Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie neu eingeführte § 434 Abs. 2 BGB dehnt das Sachmangelgewährleistungsrecht auch auf vom Verkäufer oder seinem Erfüllungsgehilfen unsachgemäß ausgeführte Montagen (Montagemangel, § 434 Abs. 2 S. 1 BGB) und mangelhafte Montageanleitungen (Montageanleitungsmangel, § 434 Abs. 2 S. 2 BGB) aus. Dabei hat man unter Montage alle zum vertraglich vorausgesetzten Gebrauch der Kaufsache notwendigen Handlungen, insbesondere den Zusammenbau von Einzelteilen, den Einbau am vereinbarten Einsatzort etc., zu verstehen (Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnr. 40).

§ 434 Abs. 2 S. 1 BGB stellt den Montagemangel dem Sachmangel für den Fall gleich, dass die Montage vertraglich vereinbart ist. Dabei darf die Montageverpflichtung allerdings nicht den Schwerpunkt der vertraglich geschuldeten Leistung bilden, da der Vertrag sonst nicht als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung, sondern als Werkvertrag zu qualifizieren ist (BT-Drucks. 14/6040, S. 215). Ein Beispiel für einen solchen Vertrag, der auf Grund des Schwerpunktes des werkvertraglichen Elementes als Werkvertrag zu qualifizieren ist, wäre etwa ein Vertrag, in dem sich der Schuldner zur Herstellung und zum Einbau einer Treppe in ein Gebäude verpflichtet (Sprau, in: Palandt, § 651 Rdnr. 4). Die unsachgemäße Montage muss sich, um einen Mangel zu begründen, in einer für den Käufer ungünstigen Weise auf die Kaufsache ausgewirkt haben. Dies ist zum einen dann der Fall, wenn eine zunächst sachmangelfreie Sache geliefert wird, die dann infolge unsachgemäßen Einbaus beschädigt wird (Beispiel: Beschädigung einer Waschmaschine auf Grund unsachgemäßen Wasseranschlusses, sodass Wasser in Teile der Maschine eindringt, die trocken bleiben müssen). Zum anderen ist das der Fall, wenn lediglich die Montage selbst fehlerhaft ist, ohne dass sich dies auf die Beschaffenheit der Sache negativ auswirkt (Beispiel: Der Verkäufer bringt die Schränke einer Einbauküche schief an der Wand an, ohne dass dies zu Qualitätseinbußen bei den Schränken (Risse, Kratzer etc.) führt) (Beispiele nach BT-Drucks. 14/6040, S. 215).

Wird bei einer montagebedürftigen Kaufsache anstatt der Vereinbarung des Einbaus durch den Verkäufer oder einen seiner Erfüllungsgehilfen eine Montageanleitung mitgesandt, so greift § 434 Abs. 2 S. 2 BGB (sogen. „IKEA-Klausel“). Montagebedürftig („zur Montage bestimmt“) ist eine Kaufsache, wenn für ihren bestimmungsgemäßen Gebrauch der Zusammenbau ihrer Einzelteile, ihre Aufstellung, ihr Einbau oder ihr Anschluss erforderlich ist (Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnr. 47). Mangelhaft ist eine solche Montageanleitung, wenn sie bei der Verwendung durch einen durchschnittlich begabten Käufer des vom Kauf

regelmäßig betroffenen Personenkreises nicht zu einer sachgemäßen Montage führen kann, wenn sie also zwangsläufig dazu führt, dass die Montage nicht oder nicht fehlerfrei durchgeführt werden kann oder dass die Kaufsache bei der Montage beschädigt oder zerstört wird. Typische Beispiele hierfür sind unvollständige Anleitungen, Anleitungen in einer fremden Sprache, Anleitungen, die nur einem Fachmann verständlich sind oder Anleitungen, die sich auf ein anderes Produkt beziehen. Kommt es trotz der Mangelhaftigkeit der Montageanleitung im Ergebnis zu einer fehlerfreien Montage, so greift § 434 Abs. 2 S. 2 BGB nicht ein. Das Vorliegen dieses Ausnahmetatbestandes hat der Verkäufer zu beweisen (vgl. die negative Formulierung des Gesetzeswortlautes: „es sei denn“). Das Entfallen eines Sachmangels bei fehlerfreier Montage ist rechtspolitisch umstritten. So empfinden es z.B. Olzen/Wank, Schuldrechtsreform, Rdnr. 359 als unbefriedigend, dass der Mangel ausgeschlossen sein soll, wenn die Montage etwa nach dem Einsatz von Handwerkern oder dem Kauf besonderer Materialien im Ergebnis vom Käufer erfolgreich herbeigeführt wird, ohne dass er für diese durch die mangelhafte Montageanleitung verursachten Aufwendungen einen Ersatzanspruch erhält.

### *c. Die Aliud- und Mankolieferung (§ 434 Abs. 3 BGB)*

§ 434 Abs. 3 unterstellt auch die Aliud- und die Mankolieferung, also die Lieferung einer anderen als der gekauften Sache und die Lieferung einer geringeren als der vereinbarten Menge, dem Sachmängelgewährleistungsrecht.

§ 434 Abs. 3 BGB stellt ein aliud dem Sachmangel gleich. Auch die Lieferung einer anderen Sache bewirkt also den Übergang des Erfüllungsanspruchs zum Nacherfüllungsanspruch - eine für den Verkäufer durchaus günstige Veränderung der Rechtslage, denn in diesem Moment beginnt die kürzere und vor allem objektive Verjährungsfrist von § 438 BGB zu laufen und dem Verkäufer kommt die gegenüber § 275 Abs. 2 BGB wesentlich günstigere Einrede des § 439 Abs. 3 S. 3 zugute. Der Gesetzgeber wollte mit der Gleichstellung die Probleme beheben, die sich im früheren Recht beim Gattungskauf aus der überaus schwierigen Frage ergaben, ob eine Sache nun mangelhaft war (peius) oder ob sie schon einer anderen Gattung angehörte (aliud). Werden zum Beispiel statt der bestellten Kacheln mit einer Größe von 30 cm<sup>2</sup> Kacheln mit 35 cm<sup>2</sup> geliefert, so fragt sich, ob dies nun einfach andere oder zu große Kacheln sind. Aus dieser Zielsetzung ergibt sich jedoch nicht zwingend, warum ein aliud auch beim Stückkauf (Identitätsaliud) dem Sachmangel gleich stehen soll. Haben sich die Parteien auf eine bestimmte Sache geeinigt und wird eine andere geliefert, so ist dies eindeutig ein aliud und kein Sachmangel. Man kann sich also fragen, ob es sich bei der weiten Fassung von § 434 Abs. 3 BGB um ein Redaktionsversehen handelt. Die Gesetzesmaterialien

geben in dieser Hinsicht wenig Aufschluss. Dort heißt es: „Wird beim Stückkauf ein Identitätsaliud geliefert, so kommt neben dem Erfüllungsanspruch auf Lieferung ein davon verschiedener Nacherfüllungsanspruch nicht in Betracht“ (BT-Drucks. 14/6040, S. 216). Hieraus kann man nun entweder lesen, dass das Identitätsaliud nicht einbezogen werden sollte oder dass der Nacherfüllungsanspruch den gleichen Inhalt hat wie der ursprüngliche Erfüllungsanspruch (siehe zur ersten Interpretation: Oechsler, Vertragsrecht, Rn. 114 und zur zweiten: Lorenz, JuS 2003, 38). Entscheidend dürfte jedoch Folgendes sein. Beim Gattungskauf rechtfertigt das Bedürfnis nach Rechtssicherheit die Gleichstellung von aliud und peius. Die Situation beim Stückkauf ist hingegen völlig anders. Verdeutlichen lässt sich dies an folgendem Beispiel. V verkauft K ein Bild, von dem es zwei Versionen gibt, und liefert eine der Versionen. Anschließend streiten die Parteien darum, ob V nun die richtige Version geliefert hat. Dieser Streit kann zwei Gründe haben. Zum einen ist es möglich, dass aus dem Vertrag nicht klar hervorgeht, welche Version gemeint war. Zum anderen könnte es sein, dass die zwei Versionen derart schwer zu unterscheiden sind, dass eine Verwechslung stattgefunden hat. Eine Rechtsunsicherheit besteht in solchen Fällen nicht. Wir haben es vielmehr mit Beweisschwierigkeiten entweder hinsichtlich des Inhaltes des Vertrages oder der Identität der Sache selbst (wobei letzteres sehr schwer vorstellbar ist) zu tun. Es kann hier keine Unsicherheit im Recht geben, die es rechtfertigen würde, den Käufer auf den für ihn ungünstigeren Nacherfüllungsanspruch zu verweisen. Demzufolge ist eine teleologische Reduktion von § 434 Abs. 3 BGB dahingehend vorzunehmen, dass dieser auf die Stückschuld keine Anwendung findet, sondern nur auf die Gattungsschuld.

Doch auch wenn man § 434 Abs. 3 BGB nur auf die Gattungsschuld anwendet, so verwundert doch die sehr weite Fassung dieser Norm. Sind etwa Legosteine, die anstatt der bestellten Kacheln geliefert werden, mangelhafte Kacheln? So überspitzt diese Frage scheinen mag, beim ersten Lesen des Gesetzestextes ist man versucht, sie zu bejahen. Dies erscheint jedoch schon deshalb bedenklich, weil der Verkäufer mit der Lieferung einer beliebigen Sache die Anwendung der für ihn günstigen kaufvertraglichen Gewährleistungsregeln auslösen könnte. Der Übergang vom Erfüllungs- zum Nacherfüllungsanspruch ist jedoch nur dann sinnvoll, wenn der Verkäufer einen Erfüllungsversuch vorgenommen hat. Ob ein solcher Erfüllungsversuch vorliegt, richtet sich nach der Erfüllungs- bzw. Tilgungsbestimmung. Diese ist als rechtsgeschäftsähnliche Handlung nach den §§ 133, 157 BGB auszulegen. Von einem Erfüllungsversuch kann somit nur dort ausgegangen werden, wo das Handeln des Verkäufers aus der Sicht des objektiven Empfängers auch als solcher zu verstehen ist (Oechsler, Vertragsrecht, Rn. 107). Liefert der Verkäufer Legosteine statt Kacheln, wird ein objektiver Empfänger

hierin entweder einen Scherz oder ein Versehen erblicken, keinesfalls aber einen ernsthaften Erfüllungsversuch. Der Erfüllungsanspruch bleibt in einem solchen Fall bestehen.

Anwendung findet § 434 Abs.3 BGB also nur, wenn der Verkäufer eine andere Gattungssache liefert und diese Lieferung für den Käufer auch als Erfüllungsversuch erkennbar ist. Auf ein aliud finden in diesem Fall die Regeln der §§ 437 ff. BGB Anwendung. Der Käufer kann also den Nacherfüllungsanspruch geltend machen und, wenn der Verkäufer die Nacherfüllungsfrist verstreichen lässt, die übrigen Rechtsbehelfe.

Was aber geschieht, wenn der Verkäufer eine wertvollere Sache liefert? Man stelle sich vor, Käufer K habe Kacheln à 30 cm<sup>2</sup> bestellt. V verwechselt die Bestellung des K mit der des B und liefert ihm Kacheln à 35 cm<sup>2</sup>. K bemerkt dies zunächst nicht. Als er den Fehler sieht, ist er hoch zufrieden, denn die gelieferten Kacheln sind ein wenig teurer. V hat den Fehler inzwischen auch bemerkt und verlangt die Kacheln von K heraus. Das Problem dieses Beispielsfalles wird unter dem Schlagwort *besseres aliud* diskutiert. Das in den §§ 437 ff. BGB normierte Sachmängelgewährleistungsrecht gibt nur dem Käufer Rechte nicht aber dem Verkäufer. Zwar wird manchmal von einem Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung gesprochen, dies ist indes terminologisch nicht korrekt. Es ist der Käufer, der zunächst Nacherfüllung verlangen muss, bevor er andere Gewährleistungsrechte geltend machen kann. Folglich handelt es sich bei der Nacherfüllung nicht um ein Recht des Verkäufers im eigentlichen Sinn, sondern vielmehr um eine Begrenzung der Käuferrechte, die dem Verkäufer zu Gute kommt. Solange der Käufer die Nacherfüllung nicht verlangt, kann sie ihm vom Verkäufer nicht aufgedrängt werden. Das Gewährleistungsrecht kommt dem Verkäufer daher nicht zur Hilfe.

Aber gibt der Kaufvertrag dem Käufer tatsächlich auch das Recht, die bessere Sache zu behalten, oder ist die Lieferung einer anderen Sache vielmehr ein *indebitum*, das der Verkäufer gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt BGB herausfordern kann? Das aliud war jedenfalls zunächst nicht die Sache, die geschuldet wurde. Hieraus folgt jedoch nicht zwangsläufig, dass es ohne Rechtsgrund erlangt wurde. Eine mangelhafte Sache darf der Käufer grundsätzlich behalten, denn es steht in seinem Belieben, ob er den Nacherfüllungsanspruch geltend macht oder nicht. Auch die Leistung einer mangelhaften Sache erfolgt daher nicht ohne Rechtsgrund, das Gewährleistungsrecht vermittelt in diesem Fall den Rechtsgrund (Musielak, NJW 2003, 90; anders Lorenz, JuS 2003, 38). Aufgrund der Gleichstellung von aliud und Sachmangel durch § 434 Abs. 3 BGB muss dies auch für die Lieferung einer anderen Sache gelten. Auch die Leistung eines aliud ist demzufolge zunächst nicht rechtsgrundlos. Es scheint, als wäre dem Verkäufer auch der Weg über die

condictio indebiti versperrt. Hat also der Gesetzgeber eine Vorschrift geschaffen, die in ihrer strikten Anwendung zu einem völlig untragbaren Ergebnis führt (so Musielak, NJW 2003, 92)?

Man kann die Problematik des besseren aliud jedoch nicht rein abstrakt, losgelöst von der Situation, in der sie auftritt, betrachten. Tatsächlich wird die Lieferung einer anderen besseren Sache immer auf einen Irrtum des Verkäufers zurückzuführen sein. Entweder wird er wie in unserem Beispiel zwei Kunden verwechselt haben oder er hat die zu liefernde Sache selbst mit einer anderen verwechselt. Dieser Irrtum haftet dann der Tilgungsbestimmung an. Als rechtsgeschäftsähnliche Handlung ist die Tilgungsbestimmung den allgemeinen Regeln unterworfen und demzufolge auch analog §§ 119 Abs. 2, 142 BGB anfechtbar. Die Anwendung von § 119 Abs. 2 BGB auf einen Irrtum des Verkäufers wird durch das Gewährleistungsrecht schon deshalb nicht ausgeschlossen, weil dieses keine Rechte des Verkäufers, sondern nur Rechte des Käufers regelt. Die Lieferung eines aliud berechtigt den Verkäufer daher regelmäßig zur Anfechtung der Tilgungsbestimmung. Durch die Anfechtung entfällt der Rechtsgrund seiner Leistung ex tunc und der Weg für die condictio indebiti ist frei. Das bessere aliud stellt den Rechtsanwender also keineswegs vor ein unlösbares Problem.

Bei § 434 Abs. 3 2. Alt BGB ist zu beachten, dass diese Vorschrift trotz ihres umfassenden Wortlauts nur den Fall erfasst, dass der Verkäufer nach dem Empfängerhorizont des Käufers die zu geringe Menge zum Zwecke der Erfüllung seiner ganzen Verbindlichkeit liefert und dabei ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, dass die Lieferung in der Absicht erfolgt, die Verbindlichkeit vollständig zu erfüllen. Demgegenüber erfasst sie nicht auch den Fall der bewusst als solcher erbrachten Teilleistung, die der Käufer regelmäßig nach § 266 BGB zurückweisen darf und bei der er gemäß § 323 BGB vom ganzen Vertrag zurücktreten oder gemäß §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung oder gemäß § 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286 BGB Verzugsschaden geltend machen kann. Mit anderen Worten: § 434 Abs. 3 2. Alt. BGB erfasst nur den Fall der verdeckten oder unbewussten Mankolieferung und nicht auch den Fall der offenen oder bewussten Mankolieferung (BT-Drucks. 14/6040, S.216; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 496).

Im Gegensatz zur Zuweniglieferung (Mankolieferung) wird die Zuviellieferung nicht von § 434 Abs. 3 2. Alt. BGB erfasst. Im Fall der Lieferung einer zu großen Menge kann der Verkäufer das zuviel Geleistete im Wege der Leistungskondition § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB, 818 Abs. 1 BGB herausverlangen. Ist die Herausgabe nicht möglich, so hat er einen Anspruch auf Wertersatz § 818 Abs. 2

BGB. Ein vertraglicher Anspruch auf Kaufpreiszahlung für das zuviel Geleistete wird dagegen, auch beim bewussten Schweigen des Käufers auf die Zuvielleistung, nicht begründet (Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 496; Weidenkaff, in: Palandt, § 434 Rdnr. 53a).

## **2. Rechtsmangelgewährleistung im Kaufrecht (§§ 435, 437 ff. BGB)**

In dem durch die Schuldrechtsreform reformierten Kaufrecht sind die Rechtsfolgen der Gewährleistung des Verkäufers für Sach- und Rechtsmängel identisch: In beiden Fällen haftet der Käufer gemäß §§ 437 ff. BGB, also nach kaufrechtlich modifiziertem allgemeinem Leistungsstörungenrecht. Dies ist die logische Konsequenz aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach der Verkäufer verpflichtet ist, die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Demgegenüber war im alten Recht die Haftung des Verkäufers für Sach- und Rechtsmängel sehr unterschiedlich ausgestaltet: Während der Verkäufer für Sachmängel nach kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht mit kurzer 6-monatiger Verjährung und stark begrenzter Schadensersatzpflicht (vgl. § 463 BGB a.F.) haftete, kamen im Falle eines Rechtsmangels die Vorschriften des Leistungsstörungenrechts des allgemeinen Schuldrechts mit einer Verjährungsfrist von 30 Jahren und einer weitaus schärferen Schadensersatzhaftung (vgl. §§ 440, 325, 326 BGB a.F.) zur Anwendung. Wegen dieser höchst unterschiedlichen Rechtsfolgen kam der Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsmängeln sehr große praktische Bedeutung zu. „Hauptschlachtfeld“ für diese Abgrenzung waren dabei öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen, für deren Einordnung im Einzelfall sich eine reichhaltige rechtsprechungsgeprägte Kasuistik entwickelt hatte. Durch die rechtsfolgenmäßige Gleichbehandlung von Sach- und Rechtsmängeln hat diese Abgrenzungsproblematik erheblich an praktischer Bedeutung verloren und ist nur noch von akademischem Interesse.

Gemäß § 435 S. 1 BGB ist eine Sache oder ein Recht (§ 453 BGB) frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf den Kaufgegenstand keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Danach liegt ein Rechtsmangel vor, wenn das Eigentum (bzw. die Rechtsinhaberschaft), der Besitz oder der unbeschränkte Gebrauch des Kaufgegenstandes auf Grund eines privaten oder eines öffentlichen Rechts eines Dritten beeinträchtigt werden kann (Weidenkaff, in: Palandt, § 435 Rdnr. 5). Dabei kommt es nach dem Willen des Gesetzgebers - anders als beim primär subjektiv durch die vereinbarte Beschaffenheit oder den vereinbarten Verwendungszweck bestimmten Sachmangelbegriff des § 434 Abs. 1 BGB - alleine auf eine objektive Betrachtung an, d.h. „ein Recht, das ein Dritter hinsichtlich der Sache gegen den



Käufer geltend machen kann, stellt auch dann einen Rechtsmangel dar, wenn es den Käufer bei seiner konkret vorgesehenen Verwendung der Sache nicht beeinträchtigen kann“ (BT-Drucks. 14/6040, S. 218). Als solche private Rechte kommen neben absoluten Rechten (dingliche Rechte wie z.B. Pfandrechte; Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechte wie z.B. Patentrechte, Geschmacksmusterrechte, Urheberrechte, das Namensrecht oder das Recht am eigenen Bild) unter Umständen auch obligatorische Rechte in Betracht. Obligatorische, also relativ (von Person zu Person) wirkende, Rechte können nach der obigen Umschreibung dann einen Rechtsmangel begründen, wenn sie zum Besitz der Sache berechtigen, dem Käufer gegenüber (etwa bei Erhebung einer Herausgabeklage aus § 985 BGB) als Einwendung wirken und ihn in seiner Verfügungsbefugnis über die Sache oder in seiner Nutzung beeinträchtigen (Weidenkaff, in: Palandt, § 435 Rdnr. 10). Typisches Beispiel hierfür ist ein zwischen dem Verkäufer und einem Dritten bestehendes Mietverhältnis über Wohnraum, in das der Käufer kraft Gesetzes gemäß § 566 BGB eintritt. Als öffentlich-rechtliche Rechtsmängel kommen Eingriffs- und Beschlagnahmerechte des Staates oder unterstaatlicher öffentlicher Rechtsträger in Betracht, die den Käufer entgegen § 903 BGG in seiner Nutzungs- oder Verfügungsbefugnis beschränken. Das Problem, wann eine öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkung einen Sach- und wann einen Rechtsmangel darstellt, hat - wie bereits ausgeführt - an praktischer Bedeutung verloren. Der Gesetzgeber wollte die Lösung dieses Abgrenzungsproblems ausdrücklich Rechtsprechung und Lehre überlassen (BT-Drucks. 14/6040, S. 217).

Es bietet sich an, zur Abgrenzung in Anlehnung an die h.M. zum alten Recht darauf abzustellen, ob die öffentlich-rechtliche Beschränkung auf einem Umstand beruht, der in der Beschaffenheit der Kaufsache wurzelt (Beispiel: Bebauungsplan, der auf dem als „Baugrundstück“ zur Bebauung mit einem Wohnhaus verkauften Grundstück keine Wohnbebauung erlaubt, begründet einen Sachmangel, da die öffentlich-rechtliche Beschränkung an die Lage des Grundstücks in einem bestimmten Planungsgebiet anknüpft).

Da nach § 435 S. 1 BGB nur tatsächlich bestehende Rechte einen Rechtsmangel begründen, wird der Käufer durch die Rechtsmängelhaftung grundsätzlich nicht davor geschützt, dass ein Dritter gegen ihn wegen der Kaufsache in Wirklichkeit nicht existierende Rechte geltend macht (BT-Drucks. 14/6040, S. 217 f.). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz regelt § 435 S. 2 BGB, wonach nicht bestehende, im Grundbuch aber eingetragene Rechte, einem Rechtsmangel gleichstehen. Der Grund für diese Ausnahme ist darin zu sehen, dass eine unrichtige Grundbucheintragung für den Käufer weitaus nachteiligere Folgen mit sich bringt, als sie sonst üblicherweise mit der Geltendmachung eines nicht bestehenden

Rechts durch einen Dritten verbunden sind. So wird im Rahmen eines eventuellen Rechtsstreits mit dem eingetragenen Dritten zu dessen Gunsten die Richtigkeit der Eintragung vermutet (§ 891 Abs. 1 BGB), es besteht die Gefahr, dass ein Vierter von dem Dritten das Recht gutgläubig erwirbt und schließlich leidet im Hinblick auf die buchmäßige Belastung des Grundstücks dessen Verkäuflichkeit und „Beleihbarkeit“ mit Grundpfandrechten.

### **3. Der Anspruch auf Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB)**

Im alten Recht konnte der Käufer sich bei Vorliegen eines Sachmangels sofort mittels der Wandelung vom Vertrag lösen. Die Wandelung war damit der eigentlich prägende Rechtsbehelf des auf rasche Abwicklung (vgl. die kurze Verjährung von sechs Monaten im alten Recht) und Rückabwicklung ausgerichteten Sachmängelgewährleistungsrechts des früheren Rechts. Diese Konzeption war für den Käufer, der zwischenzeitlich den Abschluss des Kaufvertrages bereute, von unschätzbarem Vorteil, da sie es ihm ermöglichte, sich sozusagen aus „Anlass“ eines Sachmangels von dem Vertrag zu lösen (vgl. dazu den insgesamt lesenswerten Aufsatz von Lorenz, JZ 2001, 742, 743). Demgegenüber war diese Konzeption für denjenigen Käufer einer Sache nachteilig, der gegen Nachbesserung an dem Kaufvertrag festhalten wollte. Denn einen Anspruch auf Nachbesserung - im Sinne von Beseitigung des Mangels - kannte das ehemalige kaufrechtliche Gewährleistungsrecht im Gegensatz zum Werkvertragsrecht nicht. Einen solchen Anspruch konnte der Käufer daher lediglich dann haben, wenn er ihn vertraglich vereinbart hatte.

Mit dem neuen Gewährleistungsrecht hat der Gesetzgeber vor dem Hintergrund der soeben aufgezeigten Konzeption des alten Rechts einen Paradigmenwechsel vollzogen. Im Falle des Vorliegens eines Mangels steht nunmehr nicht mehr das rasche Loslösen vom Vertrag, sondern das Festhalten an demselben unter Herbeiführung eines vertragsgerechten Zustandes im Vordergrund. Dreh- und Angelpunkt dieser Neuausrichtung des Gewährleistungsrechts ist der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß §§ 437 Nr. 2, 439 BGB, der die Wandelung als zentralen Rechtsbehelf des Gewährleistungsrechts abgelöst hat. Rechtstechnisch hat der Gesetzgeber dies dadurch bewerkstelligt, dass er sämtliche anderen gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfe des Käufers (Rücktritt, Minderung, Schadensersatz statt der Leistung) grundsätzlich davon abhängig gemacht hat, dass eine vom Käufer gesetzte Frist zur Nacherfüllung fruchtlos abgelaufen ist (vgl. §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1, 441 Abs. 1 („statt zurückzutreten“, was soviel heißt wie „unter den Voraussetzungen des § 323 Abs. 1“) BGB). In dieser Regelungstechnik kommt der das neue Gewährleistungsrecht prägende Grundsatz des „Vorrangs der

Nacherfüllung“, wonach die Rechtsbehelfe Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung gegenüber dem primären Rechtsbehelf der Nacherfüllung sekundäre Rechtsbehelfe darstellen, klar zum Ausdruck (vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 504). Man kann diese Neukonzeption des Mängelgewährleistungsrechts auch mit dem Begriff des „zweistufigen Rechtsbehelfsystems“ umschreiben (Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel 13, Rdnr. 9).

Der Rechtsfolge nach geht der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 1 BGB nach Wahl des Käufers entweder auf Beseitigung des Mangels oder auf Lieferung einer mangelfreien Sache. Ein echtes Wahlrecht in diesem Sinne hat der Käufer aber nur im Fall des Gattungskaufs. Beim Stückkauf ist nämlich infolge der von Anfang an vereinbarten Beschränkung der Leistungspflicht auf einen bestimmten Kaufgegenstand die Lieferung einer mangelfreien Sache objektiv unmöglich, sodass der Verkäufer insoweit gemäß § 275 Abs. 1 BGB von seiner Nacherfüllungspflicht frei ist und von vorneherein nur Beseitigung des Mangels schuldet (vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 505; Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel 13, Rdnr. 20; a.A. z.B. Schubel, in: JuS 2002, 313, 316 m.w.N, für den Fall des „Stückkaufs über vertretbare Sachen“, der allerdings - wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen - den Begriff des Stückkaufs zu weit fasst; a.A. jetzt auch der Bundesgerichtshof, Urteil vom 7. Juni 2006, VIII ZR 209/05). Dabei ist natürlich im Einzelfall durch Auslegung der Willenserklärungen der Parteien sorgfältig zu ermitteln, ob wirklich ein Stückkauf oder ein Gattungskauf vorliegt. Beim Kauf von Massenware hängt dies davon ab, ob eine der Parteien für die andere erkennbar Wert darauf legt, dass sich der Vertrag ausschließlich auf einen individualisierten Gegenstand als solchen bezieht. Um ein Beispiel von Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 506 aufzugreifen, ist das etwa dann zu bejahen, wenn der Verkäufer einen solchen Artikel wegen Geschäftsaufgabe oder Abstoß eines schwer verkäuflichen Restpostens verkauft. Dann kann man nämlich anders als beim üblichen Verkauf einer vertretbaren Sache im Kaufhaus nicht annehmen, der Verkäufer könne und wolle jederzeit einen anderen Gegenstand aus der Gattung nachliefern. Hat aber im Falle des Kaufs eines Massenartikels im Kaufhaus keine der beiden Parteien ein solches besonderes Interesse an der Beschränkung der Leistungspflicht auf einen bestimmten Gegenstand, so liegt kein „Stückkauf über eine vertretbare Sache“ vor, sondern ein Gattungskauf, bei dem der Nacherfüllungsanspruch des Käufers gemäß § 439 Abs. 1 BGB nach dessen Wahl auf Nachbesserung oder Nachlieferung gerichtet ist.

Neben der Unterscheidung zwischen Gattungskauf und Stückkauf ist für den Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs auch die Art des jeweiligen Mangels von erheblicher

Bedeutung. Beim Montagemangel nach § 434 Abs. 2 Satz 1 BGB kommt beim Stückkauf - aus den oben genannten Gründen - nur Nachbesserung in Betracht, während beim Gattungskauf, vorbehaltlich des Eingreifens von § 439 Abs. 3 BGB, nach Wahl des Käufers Nachbesserung oder Ersatzlieferung nebst deren Montage in Betracht kommt, weil das Gesetz den Montagemangel einem echten Sachmangel gleichstellt. Besonders problematisch ist der Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs im Fall des Montageanleitungsmangels nach § 434 Abs. 2 S. 2 BGB. Hier scheidet als möglicher Anspruchsinhalt die Ersatzlieferung nebst Montage durch den Verkäufer aus, da der Anspruch auf Nacherfüllung dogmatisch betrachtet nur ein modifizierter Erfüllungsanspruch ist und im Fall des § 434 Abs. 2 S. 2 BGB der Verkäufer die Montage gerade nicht als Erfüllung schuldet. In Betracht kommt hier also entweder nur die Lieferung einer fehlerfreien Montageanleitung (Nachbesserung) oder im Falle eines Gattungskaufs die Lieferung einer neuen Kaufsache nebst fehlerfreier Montageanleitung (Ersatzlieferung) (vgl. Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kapitel 13, Rdnr. 21). Beim Aliudmangel nach § 434 Abs. 3 1. Alt. BGB kommt als Nacherfüllung beim Stückkauf nur Ersatzlieferung in Form der vertraglich geschuldeten Sache in Betracht. Auch beim Gattungskauf wird regelmäßig nur Ersatzlieferung in Form der Lieferung von Sachen mittlerer Art und Güte aus der geschuldeten Gattung in Betracht kommen und Nachbesserung als unmöglich gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausscheiden: Wie sollte eine Nachbesserung auch aussehen, wenn statt der vertraglich vereinbarten 20 kg Tomaten die gleiche Menge Äpfel geliefert wird? Dennoch sind beim Gattungskauf Fälle denkbar, in denen die gelieferte Sache durch Nachbesserung vom aliud zur vertraglich geschuldeten Leistung wird. Die Gesetzesmaterialien nennen als Beispiel hierfür den Fall, dass eine gelieferte Maschine durch Einbau eines Aggregates zu einer Sache umgerüstet werden kann, die einer anderen Gattung angehört (BT-Drucks. 14/6040, S. 216). Bei der Mankolieferung nach § 434 Abs. 3 2. Alt. BGB schließlich kommt Nachbesserung durch Lieferung der fehlenden Menge und Ersatzlieferung durch Neulieferung der geschuldeten Menge in Betracht (Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 216 und Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 509).

Der Anspruch auf Nacherfüllung in Form von Nachbesserung oder Ersatzlieferung kann wie gezeigt nach § 275 Abs. 1 auf Grund von Unmöglichkeit ausgeschlossen sein. Ebenso kann der Verkäufer den Anspruch bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen auch durch Erhebung der Einrede aus § 275 Abs. 2 oder 3 zum Erlöschen bringen. Schließlich hat der Verkäufer ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber der gewählten Art der Nacherfüllung aus § 439 Abs. 3 BGB, wenn sie mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Bei der insoweit anzustellenden Verhältnismäßigkeitsprüfung sind neben anderen Abwägungsgesichtspunkten kraft § 439 Abs. 3 S. 2 BGB insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand,

die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Bei diesen Kriterien wird für die praktische Fallbearbeitung das Zusammenspiel des Werts der Sache zum Interesse des Käufers gerade an der konkret gewählten Art der Nacherfüllung eine große Rolle spielen. So wird man bei geringwertigen vertretbaren Konsumgütern die Nachbesserung regelmäßig als unverhältnismäßig qualifizieren können (Beispiel nach BT-Drucks. 14/6040, S. 232: Schraube mit Gewindefehler; weiteres Beispiel: die als Mineralwasser mit Kohlensäure gekaufte Wasserflasche enthält nur stilles Wasser). Umgekehrt wird bei hochwertigen Gütern mit leicht behebbaren Mängeln die Ersatzlieferung in der Regel unverhältnismäßig sein (Beispiel nach BT-Drucks. 14/6040, S. 232: Mangel einer Waschmaschine kann durch bloßes Austauschen einer Schraube behoben werden). Darüber hinaus ist jedoch bereits jetzt umstritten, welche Rolle es für die Unverhältnismäßigkeit spielt, ob der Verkäufer eigene Reparaturmöglichkeiten hat bzw. zu welchen Bedingungen er sie sich beschaffen könnte. Dabei dürfte unstrittig sein, dass man die geringsten Anforderungen insoweit an den privaten, nicht gewerblichen Verkäufer stellen kann (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 232). Aber auch bei ihm ist die Nachbesserung nicht per se unverhältnismäßig. Vielmehr kommt es für die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei ihm darauf an, zu welchem Preis er die Nachbesserung am Markt „einkaufen“ kann.

Besonders umstritten ist demgegenüber die Situation des „Händlers ohne Reparaturwerkstatt“. Bei diesem per se ebenfalls niedrigere Maßstäbe anzulegen (in diese Richtung: BT-Drucks. 14/6040, S. 232), scheint verfehlt, da er sich auf die Verkäuferpflichten aus §§ 433 Abs. 1 S. 2, 437 Nr. 2, 439 Abs. 1 BGB einstellen kann und muss. Das bedeutet konkret, dass er für den Fall des Nacherfüllungsbegehrens Vorsorge treffen kann, indem er etwa bei langfristigen Lieferverträgen mit großen Unternehmen vertragliche Vereinbarungen mit denselben über einen Nachbesserungsservice seitens des Unternehmens trifft oder einen günstigen Dauervertrag mit auf die Reparatur der Kaufsache spezialisierten Werkunternehmern abschließt, auf den er im Nacherfüllungsfall zurückgreifen kann. Tut er dies nicht, so kann er sich bei Inanspruchnahme auf Nachbesserung aus § 439 Abs. 1 BGB im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 439 Abs. 3 BGB nicht auf den marktüblichen Reparaturpreis berufen, sondern muss sich den bei entsprechender Vorsorge erzielbaren günstigeren Werklohn entgegenhalten lassen (vgl. Schubel, in: JuS 2002, 313, 316; Bitter/Meidt, in: ZIP 2001, 2114, 2122).

Der Vorrang der Nacherfüllung entfällt, wenn beide Arten der Nacherfüllung unmöglich sind, vom Verkäufer gemäß § 439 Abs. 3 BGB verweigert werden oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm

unzumutbar ist (§ 440 BGB). Dabei gilt eine Nachbesserung nach der gesetzlichen Vermutung des § 440 S. 2 BGB nach dem erfolglosen zweiten Versuch der Nacherfüllung als fehlgeschlagen, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt. Bei der Prüfung des Merkmales der „Unzumutbarkeit“ soll nach dem Willen des Gesetzgebers insbesondere auf die Art der Sache und den vom Käufer mit ihr verfolgten Zweck abgestellt werden (BT-Drucks. 14/6040, S. 233 f.). Hierbei wird insbesondere auch die Frage eine Rolle spielen, ob es dem Käufer nach dem von ihm mit der Kaufsache verfolgten Zweck auf eine rasche Verfügbarkeit der Kaufsache ankam und wie viel Zeit die ihm zustehende Art der Nacherfüllung voraussichtlich in Anspruch nehmen wird (vgl. Weidenkaff, in: Palandt, § 440 Rdnr. 8).

Wenn der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache liefert, so stellt sich die Frage, was mit der mangelhaften Sache werden soll. Die Antwort gibt § 439 Abs. 4 BGB. Der Verkäufer kann vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 BGB bis § 348 BGB verlangen. Damit schuldet der Käufer auch Nutzungsersatz für die Zeit der Nutzung der mangelhaften Sache. Es ist umstritten, ob diese Regelung für den Verbrauchsgüterkauf mit der europäischen Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf vereinbar ist, die dem Käufer die Geltendmachung der Mängelrechte ohne Kosten einräumt. Der Bundesgerichtshof hat die Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegt (BGH, Beschluss vom 16. August 2006, VIII ZR 200/05, NJW 2006, 3200). Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass die Regelung das Europarecht verletzt. Der deutsche Gesetzgeber hat daraufhin für den Verbrauchsgüterkauf den Nutzungsersatz ausgeschlossen (§ 474 Abs. 2 BGB).

Von großer praktischer Bedeutung kann der Erfüllungsort für die Pflicht zur Nacherfüllung sein. Dazu hat der Bundesgerichtshof erst kürzlich in einer Grundsatzentscheidung festgestellt, dass der Erfüllungsort sich nach dem Ort bestimme, an dem die ursprüngliche Erfüllungspflicht zu erfüllen war. Der Käufer darf sich deshalb regelmäßig nicht damit begnügen, den Verkäufer aufzufordern, die mangelhafte Sache bei ihm abzuholen; er muss sie selbst zum Verkäufer bringen, damit dieser seiner Pflicht zur Nacherfüllung genügen kann (BGH, Urteil vom 13.04.2011, VIII ZR 220/10).

#### **4. Rücktrittsrecht gemäß §§ 437 Nr. 2, 440, 323 bzw. 326 Abs. 5 BGB**

Das Rücktrittsrecht ist einer der gegenüber dem Anspruch auf Nacherfüllung subsidiären Rechtsbehelfe des Mangelgewährleistungsrechts. Infolge der mit der

Schuldrechtsreform vollzogenen Einbettung des Gewährleistungsrechts ist es bis auf wenige Modifikationen nach den §§ 438 ff. BGB sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch hinsichtlich der Rechtsfolgen mit den gesetzlichen Rücktrittsrechten des allgemeinen Schuldrechts identisch. Damit hat das Gewährleistungsrecht gegenüber der alten Rechtslage, die mit der Wandlung nach § 462 BGB a.F. einen eigenständigen auf Rückabwicklung gerichteten gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelf kannte, eine Kehrtwende vollzogen. Alle mit der speziellen Ausgestaltung dieses spezifisch kaufrechtlichen Rechtsbehelfs verbundenen Probleme des alten Rechts, die daraus resultierten, dass dieser Rechtsbehelf nicht wie das Rücktrittsrecht als Gestaltungsrecht, sondern als gegen den Verkäufer gerichteter Anspruch auf Begründung eines Rückabwicklungsschuldverhältnisses ausgestaltet war (Stichwort: Wandelungstheorien), sind dadurch erledigt. Zugleich führt die Tatsache, dass das Rücktrittsrecht ein Gestaltungsrecht ist, dazu, dass die Rechtsfolgen unmittelbar durch die (wirksame) Rücktrittserklärung ausgelöst werden mit der Folge, dass der Käufer vom (wirksam) erklärten Rücktritt nicht mehr einseitig auf den Anspruch auf Nacherfüllung oder auf die Minderung übergehen kann (vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 522).

Wie beim Rücktritt wegen Pflichtverletzung nach allgemeinem Schuldrecht muss man auch beim Rücktritt wegen Mangels der Kaufsache zwischen den beiden Rechtsgrundlagen § 323 BGB einerseits und § 326 Abs. 5 BGB andererseits unterscheiden. Dabei erfolgt die Abgrenzung zwischen diesen beiden Vorschriften bezogen auf den Nacherfüllungsanspruch aus § 439 BGB: Ist der Anspruch auf Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB erloschen, kann der Käufer unter den Voraussetzungen des 326 Abs. 5 zurücktreten. Im Übrigen ist bei einem Mangel der Rücktritt gemäß §§ 440, 323 BGB eröffnet. Nachfolgend sollen die Voraussetzungen dieser Rücktrittsrechte kurz dargestellt werden.

Beim Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB sind folgende Merkmale zu prüfen:

- Rücktrittserklärung (§ 349 BGB):

Der Käufer muss sein Rücktrittsrecht durch Abgabe der Rücktrittserklärung, einer empfangsbedürftigen Willenserklärung, ausgeübt haben und diese muss dem Verkäufer zugegangen sein.

- Fälliger durchsetzbarer Anspruch des Käufers auf Leistung eines mangelfreien Kaufgegenstandes aus Kaufvertrag (§ 433 Abs. 1 BGB):

Zwischen den Parteien muss selbstverständlich ein Kaufvertrag bestehen, aus dem dem Käufer ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch auf Leistung eines mangelfreien Kaufgegenstandes gegen den Verkäufer erwächst. Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Anspruch nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen ist, weil die geschuldete Leistung einschließlich Nacherfüllung anfänglich oder nachträglich unmöglich ist oder der Verkäufer mit Recht die Einreden aus § 275 Abs. 2 bzw. 3 BGB erhoben hat. Es ist aber auch ferner nicht der Fall, wenn der Anspruch nach den vertraglichen Abreden noch nicht fällig ist (vgl. § 271 BGB) oder fällig, aber nicht durchsetzbar ist, weil der Verkäufer ein Leistungsverweigerungsrecht ausgeübt hat oder der Käufer - sofern keine Vorleistungspflicht vereinbart worden ist - die eigene Gegenleistung noch nicht angeboten hat, sodass dem Verkäufer die Einrede aus § 320 BGB zusteht (vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 191).

- Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes gemäß § 434 bzw. 435 BGB:

§ 323 Abs. 1 BGB setzt weiter voraus, dass die vom Verkäufer erbrachte Leistung „nicht vertragsgemäß“ ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sie einen Sach- oder Rechtsmangel im Sinne des § 434 bzw. § 435 BGB aufweist.

- Fruchtloser Ablauf einer angemessenen Nachfrist zur Nacherfüllung:

Wegen des Vorranges der Nacherfüllung kann der Käufer regelmäßig nicht sofort nach Erhalt einer mangelhaften Leistung vom Vertrag zurücktreten, sondern muss zunächst eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen. Diese Fristsetzung muss keine Ablehnungsandrohung mit konkreter Inaussichtstellung der mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist eintretenden Rechtsfolgen enthalten. Einzig erforderlich ist, dass der Verkäufer der Fristsetzung entnehmen kann, dass der Käufer das Nacherfüllungsbegehren ernst meint. Dem werden etwa Formulierungen wie „höfliche Bitte, die Leistung in den nächsten Wochen zu erbringen“ etc. nicht gerecht (vgl. hierzu: Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 196; Grüneberg, in: Palandt, § 323, Rdnr. 13). Schließlich muss die Aufforderung zur Nacherfüllung entweder die begehrte Leistung in der Weise hinreichend klar bestimmen, dass der Verkäufer über den Inhalt des Begehrens nicht im Zweifel sein kann, oder aber so allgemein gehalten sein, dass der Verkäufer der Aufforderung entnehmen kann, dass der Käufer konkludent auf die Ausübung seines Wahlrechts verzichtet und ihm die Wahl zwischen den verschiedenen Varianten der Nacherfüllung überlässt (Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kapitel, Rdnr. 66). Bei der Bestimmung der Angemessenheit der Fristsetzung ist zu berücksichtigen, dass der Verkäufer trotz Fälligkeit nicht vertragsgemäß geleistet hat. Daher ist die Angemessenheit nicht danach auszurichten, wie viel Zeit der Verkäufer unter normalen Umständen zur



vollständigen Erbringung der Leistung benötigen würde, sondern danach, wie lange der Verkäufer dafür benötigt, eine bereits begonnene und im wesentlichen bereits abgeschlossene Leistung zu Ende zu bringen. Insbesondere bei sogenannten „Alltagsgeschäften“ kann dies, wenn sie nicht ohnehin schon unter § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB fallen, zu sehr kurzen Fristen führen (BT-Drucks. 14/6040, S. 234). Ist die Fristsetzung auch an diesen Maßstäben gemessen unangemessen, so ist sie gleichwohl nicht unwirksam. An ihre Stelle tritt dann lediglich eine vom Gericht für angemessen gehaltene Frist (Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kapitel, Rdnr. 198).

Allerdings kann das Erfordernis der Setzung einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung auch gemäß § 323 Abs. 2 bzw. § 440 S. 1 BGB entfallen. Gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist die Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich, wenn der Verkäufer die Leistung endgültig und ernsthaft verweigert. An das Vorliegen dieses Merkmales sind allerdings strenge Anforderungen zu stellen. Sie lassen sich auf die griffige Kurzformel bringen, dass die Weigerung des Schuldners als sein letztes Wort aufzufassen sein muss (Grüneberg, in: Palandt, § 323 Rdnr. 18). Nach § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn im Vertrag ein bestimmter Termin oder eine bestimmte Frist zur Leistungserbringung bestimmt war und der Käufer den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat. Damit wird für den Fall des relativen Fixgeschäftes ein sofortiges Rücktrittsrecht begründet. Das in § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB geregelte relative Fixgeschäft ist von dem bereits besprochenen absoluten Fixgeschäft zu unterscheiden, bei dem die die Leistungszeit derart in den Inhalt der vertraglich geschuldeten Leistung einbezogen ist, dass die Überschreitung der Leistungszeit bereits zur Unmöglichkeit der Leistung führt, sodass das Rücktrittsrecht aus § 326 Abs. 5 BGB folgt. Die vertragliche Vereinbarung eines solchen relativen Fixgeschäftes kann nur bejaht werden, wenn die Einhaltung der Leistungszeit für den Verkäufer erkennbar für den Käufer so wesentlich ist, dass mit der zeitgerechten Leistung das Geschäft „stehen und fallen soll“. Typische Beispiele für einen solchen Willen zum Ausdruck bringende Formulierungen in Vertragstexten sind Formulierungen wie „fix“, „genau“, „präzise“, „prompt“ oder „Lieferung zum Verkauf für Weihnachten/Ostern“ etc. (vgl. Grüneberg, in: Palandt, § 323 Rdnr. 20).

Ferner ist die Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Durch diesen bewusst weit gefassten Tatbestand werden insbesondere die Fälle erfasst, in denen die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzugs des Verkäufers kein Interesse mehr hat. Ein typisches Beispiel hierfür ist, dass der Verkäufer mangelhafte Saisonware liefert

und die Nacherfüllung in einen Zeitraum fallen würde, in der der Käufer infolge Ablaufes der Saison kein Interesse mehr an der Ware hätte. Das Abstellen auf die beiderseitigen Parteiinteressen in § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB ist so zu verstehen, dass das Interesse des Käufers an sofortigem Rücktritt jedenfalls in den Fällen, in denen sein Interesse an Erfüllung vollkommen wegfallen ist, das Interesse des Verkäufers an dem Festhalten am Vertrag überwiegt (Huber/Faust, 13. Kapitel, Rdnr. 31).

Ferner hält der Gesetzgeber sogenannte „Alltagsgeschäfte“, bei denen der Käufer meist ein Interesse an sofortiger Nutzung der Sache hat, für einen typischen Anwendungsbereich des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB (Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 234).

Gemäß § 440 S. 1 1. Alt. BGB ist die Nachfristsetzung speziell im Kaufrecht dann entbehrlich, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 BGB verweigert. Dem ist im Wege des Analogieschlusses der Fall gleichzusetzen, dass die eine Art der Nacherfüllung gemäß § 275 Abs. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen ist und der Verkäufer die andere Art der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 BGB verweigert (Weidenkaff, in: Palandt, § 440 Rdnr. 5). Ferner ist die Fristsetzung gemäß § 440 S. 1 2. Alt. BGB entbehrlich, wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Ein solches Fehlschlagen kommt in Betracht bei Unzulänglichkeit, unberechtigter Verweigerung, ungebührlicher Verzögerung und misslungener Versuche der Nachbesserung bzw. Ersatzlieferung (Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 233). Gerade für letzteren Fall enthält § 440 S. 2 eine gesetzliche Vermutung: Danach gilt die Nachbesserung nach dem zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht aus der Art der Sache oder des Mangels oder aus den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt. Schließlich ist die Fristsetzung gemäß § 440 S. 1 3. Alt. BGB entbehrlich, wenn die dem Käufer zustehende Ersatzlieferung ihm unzumutbar ist. Dies kann nur auf Grund einer Abwägung aller Umstände des Einzelfalles bejaht werden. Danach kann sich die Unzumutbarkeit etwa daraus ergeben, dass die allein in Frage kommende Nachbesserung zu einer übermäßigen Lärm- oder Schmutzbelästigung des Käufers führt oder aber mit erheblichem Zeitaufwand verbunden wäre, der dem Käufer nicht durch einen entsprechenden Verzögerungsschaden ausgeglichen wird (vgl. Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kapitel, Rdnr. 71).

- Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 bzw. Abs. 6 BGB (Beweilast: Verkäufer!):

Nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Dieses Merkmal ist eng auszulegen und soll nur Bagatellfälle erfassen, bei denen die Ausübung des Rücktrittsrechts

rechtsmissbräuchlich erschiene (Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kapitel, Rdnr. 75). Ferner ist der Rücktritt gemäß § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen, wenn der Käufer für den Mangel allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Mangel zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Käufer sich im Annahmeverzug befindet. Damit § 323 Abs. 6 1. Alt. BGB im Hinblick auf das Verschulden des Käufers eingreifen kann, muss dieses so sehr überwiegen, dass die „Anspruchskürzung“ gemäß § 254 BGB im Falle eines Schadensersatzverlangens des Käufers den Schadensersatzanspruch ganz ausschließen würde (BT-Drucks. 14/6040, S. 187). Dafür ist eine Mitverschuldensquote des Käufers von mindestens 90% erforderlich (vgl. Grüneberg, in: Palandt, § 323 Rdnr. 29, der unter Umständen sogar eine Mitverschuldensquote von 80% ausreichen lassen möchte).

Bei dem Rücktrittsrecht gemäß §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB ist die Prüfung wie folgt modifiziert:

- Rücktrittserklärung des Käufers (§ 349 BGB)
- Kaufvertrag, den der Verkäufer nicht erfüllt, weil er eine gemäß §§ 434 bzw. 435 BGB mangelhafte Sache geliefert hat und bei dem der Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung gemäß § 275 Abs. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen ist
- Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB bzw. § 323 Abs. 6 BGB

Eine Darstellung der Rechtsfolgen des erklärten Rücktritts ist an dieser Stelle entbehrlich, da wir diese bereits an anderer Stelle ausführlich behandelt haben.

## **5. Minderung**

Gemäß § 441 Abs. 1 BGB kann der Käufer, „statt zurückzutreten“, den Kaufpreis durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer mindern. Durch die Bezugnahme auf den Rücktritt wird deutlich, dass die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts wegen Mängeln des Kaufgegenstandes und des Minderungsrechts identisch sind. Alle dort angesprochenen Merkmale sind also auch bei der Minderung zu prüfen, die nach alledem auch als gegenüber dem Anspruch auf Nacherfüllung sekundärer Rechtsbehelf zu qualifizieren ist. Die einzige Ausnahme hiervon ist in § 441 Abs. 1 S. 2 BGB geregelt, wonach der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB bei der Minderung keine Anwendung findet. Daher berechtigen auch als unerheblich zu wertende Mängel, bei denen sowohl der Rücktritt gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB als auch der Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung gemäß § 281 Abs. 1 S. 3 BGB ausgeschlossen sind, zur Minderung.

Bei der Minderung bleibt der Kaufvertrag - anders als beim Rücktritt - erhalten. Es wird allerdings der Preis herabgesetzt. Die Berechnungsformel für den geminderten Preis ergibt sich aus § 441 Abs. 3 S. 1 BGB wie folgt:

$$\text{Minderungspreis} = \frac{\text{WertdermangelhaftenSache}}{\text{WertdermangelfreienSache}} \cdot \text{Kaufpreis}$$

Diese zunächst etwas umständlich anmutende Berechnung wurzelt in dem Gedanken, dass das ursprünglich von den Parteien vereinbarte Verhältnis von Wert und Preis sich auch nach der Minderung noch fortsetzen soll. Insbesondere soll dem Käufer ein eventueller Vorteil, günstig gekauft zu haben, verhältnismäßig erhalten bleiben.

**Beispiel:** Gesetzt den Fall, in einem Kaufvertrag über einen Gebrauchtwagen, der ohne Mangel 10.000 € wert gewesen wäre, wurde ein Preis von 8.000 € vereinbart. Der Wagen hat jedoch einen Mangel, mit welchem der Wert auf 8.000 € sinkt. Nun kann der Verkäufer nicht etwa die Minderung mit der Begründung verweigern, der Wagen sei trotz des Mangels die vom Käufer gezahlten 8.000 € wert. Der Preis ist vielmehr in dem Verhältnis herabzusetzen, in dem der Wert der mangelfreien Sache zum Wert der mangelhaften Sache gestanden haben würde. Der geminderte Preis berechnet sich also wie folgt:

$$8.000 \text{ €} \times \frac{8.000 \text{ €}}{10.000 \text{ €}} = 6.400 \text{ €}$$

Damit bleibt dem Käufer der ursprüngliche Vorteil, den Wagen zu 4/5 seines Wertes gekauft zu haben, erhalten, da er auch nach der Minderung nur 4/5 des tatsächlichen Wertes (mit Mangel) zahlt.

Bei einem für den Käufer ungünstigen Kauf bleibt das für ihn ungünstige und für den Verkäufer günstige Verhältnis ebenfalls erhalten, nur wird in einem derartigen Fall der Käufer zumeist den Mangel nach fruchtlosem Ablauf der Nacherfüllungsfrist bzw. bei Entbehrlichkeit der Fristsetzung sofort zum Rücktritt ausnutzen und sich so von dem ungünstigen Geschäft lösen. Stimmt der vereinbarte Kaufpreis und der Wert der mangelfreien Sache überein, so ist der geminderte Kaufpreis gleich dem Wert der mangelhaften Sache.

Bei der Berechnung ist zu beachten, dass § 441 Abs. 3 S. 1 BGB ausdrücklich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellt. Hierdurch sollen Wertänderungen der Sache, die nach dem Vertragsschluss ohne Rücksicht auf den Mangel eintreten,

neutralisiert werden. Dies ist insbesondere für nachträgliche Preissteigerungen von Bedeutung, die dem Verkäufer nicht schaden sollen, sowie für Einbußen durch Gebrauch und Beschädigung der Sache, die ebenso wenig wie ein Weiterverkauf das Minderungsrecht beeinträchtigen.

Probleme kann in der Praxis die Bestimmung des Wertes der mangelhaften Sache bereiten, da es für mangelbehaftete Sachen selten einen Marktpreis gibt, an dem man sich orientieren könnte. Hier hilft sich die Praxis zumeist, indem sie den Minderwert aus den Kosten errechnet, die für die Reparatur des Mangels notwendig sind.

Auch die Minderung tritt - ebenso wie der Rücktritt - nicht automatisch ein, sondern bedarf als Gestaltungsrecht der Abgabe einer die Rechtslage umgestaltenden Minderungserklärung, die als empfangsbedürftige Willenserklärung dem Verkäufer zugehen muss, um wirksam zu werden. Damit ist ebenso wie beim Rücktritt wegen Mängeln des Kaufgegenstandes die Rechtsnatur des Minderungsrechts, das im alten Recht als Anspruch des Käufers auf Herabsetzung des Kaufpreisanspruchs gegen den Verkäufer ausgestaltet war, durch die Schuldrechtsreform umgestaltet worden.

Hat der Käufer den Kaufpreis noch nicht entrichtet, so muss er nach Erklärung der Minderung nur noch den geminderten Preis zahlen. Hat er hingegen den Kaufpreis schon gezahlt, so kann er die Differenz zwischen gemindertem und ursprünglich vereinbarten Preis vom Verkäufer zurückverlangen gemäß §§ 441 Abs. 4, 346 Abs. 1 (ggf. verzinst gemäß §§ 441 Abs. 4, 347 Abs. 1 BGB). Auch wenn die gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfe bereits verjährt sind, kann der Käufer die Minderung gegenüber dem Kaufpreisbegehren des Verkäufers noch gemäß §§ 438 Abs. 5, Abs. 4 S. 2 BGB einredeweise geltend machen.

## **6. Schadensersatz- bzw. Aufwendungsersatzansprüche des Käufers wegen Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes (§§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 283, 284, 311a BGB)**

Durch die Schuldrechtsreform wurden die schadensersatzrechtlichen Rechtsbehelfe des Gewährleistungsrechts sämtlich in das allgemeine Leistungsstörungenrecht integriert, sodass es keine genuin kaufrechtlichen Schadensersatzansprüche mehr gibt. Allerdings werden die bei Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes einschlägigen Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüche des allgemeinen Schuldrechts (§§ 280, 281, 283,

284 und 311 a BGB) ebenso wie die Rücktrittsrechte durch das Gewährleistungsrecht modifiziert (vgl. insbesondere §§ 438, 440 BGB).

Um die einschlägige Anspruchsgrundlage aufzufinden, muss man zwischen den beiden Schadensarten „einfacher Schadensersatz“ und „Schadensersatz statt der Leistung“ unterscheiden. Man muss die einschlägige Anspruchsgrundlage also von der Rechtsfolge her bestimmen. Der „Schadensersatz statt der Leistung“ (=Schadensersatz wegen Nichterfüllung) umfasst alle dem Käufer infolge der Schlechtleistung entgangenen Vermögensvorteile, also insbesondere den entgangenen Gewinn, das Interesse am Erhalt eines mangelfreien Kaufgegenstandes und den Nutzungsausfallschaden. Der „einfache Schadensersatz“ dagegen erfasst den Schaden, der infolge der Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes an anderen Rechten, Rechtsgütern und Interessen des Käufers gemäß § 241 Abs. 2 BGB eingetreten ist, also insbesondere die so genannten „Mangelfolgeschäden“ (Bsp.: mangelhaftes Pferdefutter führt zum Tod eines Pferdes) und die vergeblichen Vermögensaufwendungen, die der Käufer im Vertrauen auf die Mangelfreiheit der Kaufsache getätigt hat (Bsp: Kosten für den Einbau einer mangelhaften Telefonanlage) (vgl. zur Abgrenzung der beiden Schadensarten: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kapitel, Rdnr. 105 f.; gegen diese von der ganz h.M. vertretene Abgrenzung: Recker, in: NJW 2002, 1247 f., der dafür plädiert den Mangelfolgeschaden unter den „Schadensersatz statt der Leistung“ zu subsumieren und § 280 Abs. 1 BGB auf die Fälle der Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten zu begrenzen). Soll der geltend gemachte Schaden ein „Schadensersatz statt der Leistung“ sein, so sind die §§ 437 Nr. 3, 440 i.V.m. §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281 bzw. 283 BGB bzw. §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB einschlägig. Begehrt der Käufer dagegen wegen eines Mangels einfachen Schadensersatz, so ist §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB die richtige Anspruchsgrundlage.

Um innerhalb der für den Schadensersatz statt der Leistung einschlägigen Anspruchsgrundlagen die für den jeweiligen Mangelfall richtige Anspruchsgrundlage zu finden, muss man weitergehend danach unterscheiden, ob der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 275 Abs. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen ist und wann das den Anspruch ausschließende Leistungshindernis eingetreten ist:

- Bei einem schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht durch Nacherfüllung behebbaren Mangel, ist § 311a Abs. 2 BGB die richtige Anspruchsgrundlage für Schadensersatz statt der Leistung. Beispiele hierfür sind der Stückkauf, bei dessen Abschluss der Kaufgegenstand bereits mit einem nicht behebbaren Mangel behaftet war (Bsp.: Ein Gebrauchtwagen hat schon bei Vertragsschluss einen nicht reparablen Getriebeschaden) oder der Gattungskauf, bei dem die

gesamte Gattung mit einem nicht behebbaren Mangel behaftet ist (Bsp.: Ein Modell einer Automarke hat - technisch unbehebbar - einen erheblich höheren Benzinverbrauch als vertraglich vereinbart).

- Bei einem nach Vertragsschluss und vor Erfüllung eingetretenen nicht behebbaren Mangel ist §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB die richtige Anspruchsgrundlage für den Schadensersatz statt der Leistung. Beispiele hierfür sind bei einem Stückkauf etwa der Unfall des verkauften Pkw vor Übereignung an den Käufer und beim Gattungskauf etwa der Pilzbefall des gesamten Obstbestandes eines Landwirtes, der schon vor der Ernte eine bestimmte Menge seines Obstes (beschränkte Gattungsschuld oder Vorratsschuld !) an einen Lebensmittelhändler verkauft hatte.
- Bei einem durch Nacherfüllung behebbaren Mangel ist §§ 440, 280 Abs. 1 und 3, 281 die richtige Anspruchsgrundlage. Hier gilt also - mit Ausnahme der Durchbrechungen dieses Prinzips in § 281 Abs. 2 und § 440 S. 1 BGB - der Grundsatz des Vorranges der Nacherfüllung, sodass der Schadensersatzanspruch regelmäßig erst entsteht, wenn eine vom Käufer gesetzte angemessene Frist zur Nacherfüllung fruchtlos verstrichen ist.

Begehrt der Käufer schließlich Ersatz einer Aufwendung, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Sache gemacht hat, so kann er diese gemäß § 284 BGB „anstelle des Schadensersatzes“ ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Rentabilität, die diese Aufwendung bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung für den Käufer mit sich gebracht hätte, ersetzt verlangen, wenn er die Aufwendungen „billigerweise machen durfte“. Gegenüber diesen Anspruchsvoraussetzungen kann der Verkäufer anspruchshindernd einwenden, dass der vom Käufer mit den Aufwendungen verfolgte, nicht notwendig wirtschaftliche, Zweck auch ohne die Pflichtverletzung nicht erreicht worden wäre.

Hinsichtlich des Inhaltes des Schadensersatzanspruches statt der Leistung ist noch aus spezifisch kaufrechtlicher Sicht Folgendes zu bemerken:

Der Käufer kann als Schadensersatz statt der Leistung entweder „großen“ oder „kleinen“ Schadensersatz anstreben. Großer Schadensersatz bedeutet, dass der Käufer den mangelhaften Kaufgegenstand zurückgewährt und an seiner Stelle den gesamten Wert der Sache (nebst Vermögensfolgeschäden wie entgangenem Gewinn) ersetzt bekommt. Kleiner Schadensersatz bedeutet demgegenüber, dass der Käufer den mangelhaften Kaufgegenstand behält und nur Schadensersatz in Höhe der Wertdifferenz zwischen dem Wert des Kaufgegenstandes im mangelfreien Zustand und seinem tatsächlichen Wert (nebst etwaigen Vermögensfolgeschäden) bekommt. Die Geltendmachung des großen

Schadensersatzes (das Gesetz spricht von „Schadensersatz statt der ganzen Leistung“) kann der Verkäufer durch die anspruchshindernde Einwendung bekämpfen, dass die Pflichtverletzung unerheblich ist (§ 281 Abs. 1 S. 3 BGB: vgl. die Parallele zu § 323 Abs. 5 S. 2 BGB!). Ist für den Käufer abzusehen, dass die Pflichtverletzung unerheblich ist und dass dem Verkäufer der Beweis der dieser Wertung zugrunde liegenden Tatsachen im Prozess voraussichtlich gelingen wird, wird er sich von vorneherein auf die Geltendmachung des kleinen Schadensersatzes beschränken. Dabei muss er allerdings Folgendes beachten: Grundsätzlich lässt § 325 BGB - im Unterschied zum alten Recht - die Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung trotz gleichzeitigen Rücktritts zu. Das Schadensersatzbegehren darf also mit den Rücktrittsfolgen kumuliert werden. Allerdings gilt dies nur für den großen Schadensersatz. Demgegenüber kann der kleine Schadensersatz bei gleichzeitigem Rücktritt nicht mehr begehrt werden, da durch den Rücktritt der Vertrag in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt wird und damit der Rechtsgrund zum Behaltendürfen des Kaufgegenstandes aus Käufersicht entfällt. Im Falle des Eingreifens des § 281 Abs. 1 S. 3 BGB ist der Käufer, der Schadensersatz begehrt, also gut beraten, nicht zugleich den Rücktritt zu erklären (vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 541).

## **7. Beweislastverteilung**

Grundsätzlich hat im Prozess eine Partei die Voraussetzungen der Rechtsnormen zu beweisen, die sie angewendet wissen möchte.

Hinsichtlich der Beweislast bezüglich der Mangelhaftigkeit bzw. Mangelfreiheit der Kaufsache bei Gewährleistungsansprüchen ist zunächst einmal an § 476 BGB zu denken, der für den Verbrauchsgüterkauf eine außerordentlich praxisrelevante Sonderregelung darstellt. Der Sinn dieser Vorschrift erschließt sich daraus, dass alle gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfe voraussetzen, dass der Kaufgegenstand bereits im Zeitpunkt des Gefahrüberganges, also regelmäßig im Zeitpunkt der Übergabe (§ 446 BGB), mangelbehaftet war. Für das Vorliegen dieses dem Käufer günstigen Merkmales trifft ihn die Beweislast, was insbesondere dann misslich ist, wenn der Mangel erst einige Zeit nach der Übergabe und der Ingebrauchnahme durch den Käufer entdeckt wird. Um dem Käufer aus der damit verbundenen Beweisnot herauszuhelfen, wird beim Verbrauchsgüterkauf gemäß § 476 BGB die Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes im Zeitpunkt des Gefahrüberganges vermutet, wenn sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel zeigt, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar.



Damit wird für den Regelfall beim Auftreten eines Sachmangels innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang dem Verkäufer die Beweislast für seine Behauptung auferlegt, der Sachmangel sei erst nach Gefahrübergang, etwa infolge unsachgemäßer Benutzung durch den Käufer, aufgetreten.

Außerhalb des Anwendungsbereiches des § 476 BGB muss danach differenziert werden, ob die Annahme des Kaufgegenstandes durch den Käufer bereits stattgefunden hat oder nicht. Die Annahme führt nämlich - soweit § 476 BGB nicht eingreift - eine Beweislastumkehr herbei: Nach der Annahme der Kaufsache hat der Käufer entgegen den allgemeinen Grundsätzen, nach denen der Verkäufer die Beweislast für die Erfüllung trägt, nämlich gemäß § 363 BGB im Falle der Geltendmachung eines gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfs im Prozess die Mangelhaftigkeit der Kaufsache zu beweisen, wobei es irrelevant ist, ob es sich um einen Stück- oder einen Gattungskauf handelt (vgl. H. P. Westermann, NJW 2002, 241, 250; ebenso: Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 363 Rdnr. 3, der zu Recht unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes darauf hinweist, dass § 363 BGB trotz seines engen Wortlauts („...eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig ist“) auch für die Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes gilt; vgl. auch BT-Drucks. 14/6040, S. 217). Hat dagegen der Käufer die Entgegennahme der Kaufsache abgelehnt oder die Sache nur unter Vorbehalt angenommen, so trifft im Rechtsstreit um die Pflicht zur Bezahlung und Abnahme die Beweislast für die behauptete Mangelfreiheit der Kaufsache den Verkäufer, soweit zwischen den Parteien nicht auch der Inhalt der Beschaffenheitsvereinbarung streitig ist. Denn für den - streitigen - Inhalt der Beschaffenheitsvereinbarung, aus dem der Käufer einen Sachmangel herleiten will, trägt der Käufer vor wie nach der Annahme des Kaufgegenstandes immer die Darlegungs- und Beweislast.

Für die übrigen anspruchsbegründenden Voraussetzungen der gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfe - wie etwa den Schaden beim Schadensersatzanspruch gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB - trägt der Käufer nach allgemeinen Grundsätzen ebenfalls die Darlegungs- und Beweislast. Eine Ausnahme stellt insoweit - wie im allgemeinen Leistungsstörungenrecht auch - das Vertretenmüssen bei den Schadensersatzansprüchen dar (die übrigen Rechtsbehelfe sind verschuldensunabhängig ausgestaltet). Hier geht nämlich aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 S. 2 BGB hervor, dass nicht der Käufer das Vertretenmüssen darlegen und ggf. beweisen muss, sondern dass umgekehrt der Verkäufer zur Abwendung des Schadensersatzanspruches sein Nichtvertretenmüssen darlegen und ggf. beweisen muss.

## 8. Verjährung der kaufrechtlichen Sekundäransprüche

§ 438 BGB modifiziert die Verjährung gegenüber den für das allgemeine Leistungsstörungenrecht geltenden Bestimmungen des allgemeinen Verjährungsrechts (§§ 194 ff. BGB). Die Modifizierungen betreffen dabei zum einen die Länge der Verjährungsfrist und zum anderen den Zeitpunkt des Beginns der Verjährung. Hinsichtlich des ersteren Gesichtspunktes beinhaltet § 438 Abs. 1 BGB eine differenzierte Regelung, die für bestimmte Mängel oder Kaufgegenstände eine Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 438 Abs. 1 Nr. 1: Mangel besteht in einem zur Herausgabe berechtigenden dinglichen Recht oder einem sonstigen im Grundbuch eingetragenen Recht) bzw. fünf Jahren (§ 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB: Mangel bei einem Bauwerk oder einer bestimmungsgemäß für ein Bauwerk verwendeten Sache, die eine Mangelhaftigkeit des Bauwerks verursacht hat) anordnet und im Übrigen eine regelmäßige Verjährungsfrist von zwei Jahren (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB) vorsieht. Hinsichtlich des Beginns der Verjährung modifiziert § 438 Abs. 2 BGB das für die Regelverjährung vorgesehene subjektive System (vgl. § 199 Abs. 1 BGB, dessen Nr. 2 den Beginn der Verjährung an die Kenntnis bzw. grobfahrlässige Unkenntnis des Gläubigers von anspruchsbegründenden Umständen knüpft) durch ein auf die Übergabe bzw. Ablieferung des Kaufgegenstandes abstellendes objektives System (vgl. ferner § 438 Abs. 3 BGB für den Fall des arglistigen Verschweigens eines Mangels durch den Verkäufer).

Die Verjährung kann unter den gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfen naturgemäß nur den Anspruch auf Nacherfüllung (§ 437 Nr. 1 BGB) und die Schadensersatzansprüche wegen Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes (§ 437 Nr. 3 BGB) betreffen, da nur sie Ansprüche sind und als solche gemäß § 194 BGB der Verjährung unterliegen (§ 438 Abs. 1 BGB). Andererseits wäre es unsinnig, wenn der Käufer nach Ablauf der Verjährungsfrist für diese Sekundäransprüche einfach auf die als Gestaltungsrecht ausgestalteten Rechtsbehelfe des Rücktritts bzw. der Minderung (§ 437 Nr. 2 BGB) „umsteigen“ könnte, um so der Verjährung zu „enttrinnen“. Der Gesetzgeber hat dieses Dilemma elegant durch die Anordnung der Geltung des § 218 BGB für diese Gestaltungsrechte aufgelöst (§ 438 Abs. 4, 5 BGB). Danach ist der erklärte Rücktritt bzw. die erklärte Minderung unwirksam, wenn der Anspruch auf die Leistung bzw. auf Nacherfüllung verjährt ist und sich der Verkäufer darauf beruft (§ 218 Abs. 1 BGB). Ebenso elegant ist die Regelung des § 438 Abs. 4 S. 2, Abs. 5 BGB, wonach dem Käufer, der den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat und dessen Rücktritt bzw. Minderung nach § 218 Abs. 1 BGB unwirksam ist, ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht.

Hinsichtlich der Verjährung der Ansprüche auf Ersatz des durch den Mangel verursachten Mangelfolgeschadens (§§ 437 Nr. 3, 280 ff. BGB) sei schließlich darauf hingewiesen, dass sie von § 438 Abs. 1 BGB miterfasst zu werden scheinen, sodass der Käufer sich insoweit nicht auf das für ihn gegenüber der Verjährung nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB günstigere allgemeine Leistungsstörungenrecht (drei statt zwei Jahre, subjektives statt objektives System!) berufen können soll. Wir werden diese Frage später noch einmal aufwerfen und einen abweichenden Lösungsvorschlag unterbreiten.

## **9. Mangelbeseitigung durch den Käufer**

Bisweilen meinen Käufer, sie könnten den Mangel selber beseitigen (lassen) und die Kosten der Mangelbeseitigung dem Verkäufer in Rechnung stellen. Dem steht indessen nach Auffassung des Bundesgerichtshofs das Recht des Verkäufers entgegen, die Nacherfüllung durchzuführen. Der Käufer kann danach nur unter den Voraussetzungen des § 437 Nrn. 2 und 3 BGB Schadensersatz verlangen oder den Kaufpreis mindern. Und das setzt allemal eine Fristsetzung gegenüber dem Verkäufer vor der Beseitigung des Mangels voraus. Nur wenn die Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich ist, hat der Käufer einen Anspruch aus Ausgleich der Kosten der von ihm selber vorgenommenen oder veranlassten Mangelbeseitigung (BGH NJW 2005, 1348). Die Literatur betrachtet diese Entscheidung sehr kritisch. Sie führe im Ergebnis zu einer Bereicherung des Verkäufers. Die ließe sich vermeiden, wenn man die Selbstvornahme als vom Gläubiger des Nacherfüllungsanspruchs zu vertretende Unmöglichkeit betrachtete, die von § 326 Abs. 2 BGB erfasst wird. Danach muss sich der Verkäufer das auf den Kaufpreis anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart. Die Ersparnis muss sich nicht mit den Kosten der Mangelbeseitigung durch den Käufer decken. Sie kann und wird bei einem Verkäufer mit eigener Werkstatt geringer sein. Es gibt aber keinen vernünftigen Grund, dem Verkäufer diese Ersparnis und damit den vollen Kaufpreis zu belassen (Lorenz NJW 2005, 1321).

---

## *VI. Positive Vertragsverletzung (pVV)*

### **1. Entwicklung und Rechtsgrundlage**

Die pVV wurde 1902 von Hermann Staub entwickelt, um schuldhaftes Verletzungen schuldrechtlicher Verpflichtungen, die nicht von den damals

gesetzlich geregelten Leistungsstörungsinstituten (Unmöglichkeit, Verzug und Mängelgewährleistung) erfasst werden, zu regeln. Der von der positiven Vertragsverletzung betroffene Vertragsteil konnte unter gewissen Voraussetzungen Rechte geltend machen, die ihrem Inhalt nach den Rechten aus den §§ 280, 286, 325, 326 BGB a.F. entsprachen. Aus diesem Grunde konnte man die Rechtsgrundlage der pVV in der analogen Anwendung dieser Vorschriften sehen. Der BGH hatte in BGHZ 11, 80 (84) festgestellt, dass der Rechtsgrund der pVV letztlich in § 242 BGB (Treu und Glauben) liege. Da die Grundsätze über die Haftung aus pVV seit 100 Jahren in ständiger Rechtsprechung angewendet wurden, hatten sie sicherlich den Rang des Gewohnheitsrechts erreicht. Seit dem 1. Januar 2002 haben sie eine gesetzliche Grundlage in §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 und 3, 281, 282, 323 Abs. 1 sowie 324 BGB. Dabei handelt es sich um eine atypische Kodifikation von vormaligem Richterrecht, da keine besonderen Vorschriften geschaffen wurden, die unter der Überschrift „positive Forderungsverletzung“ im Gesetz aufzufinden sind (Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz, Fälle zum Neuen Schuldrecht, S. 189).

## **2. Voraussetzungen der pVV**

Da es „die“ pVV nach ihrer Kodifikation im neuen Recht nicht mehr gibt, sondern vielmehr die unter dem Terminus pVV vormals zusammengefassten Fallgruppen und unterschiedlichen Rechtsfolgen über die §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 und 3, 281, 282, 323 Abs. 1 sowie 324 BGB verteilt sind, gibt es auch keine einheitlichen Voraussetzungen, die alle Rechtsfolgen der „pVV“ im neuen Recht erfassen würden. Man kann vielmehr zwischen allgemeinen Voraussetzungen unterscheiden, die im Sinne eines Grundtatbestandes in allen Fällen der pVV vorliegen müssen sowie weiteren Voraussetzungen, die für die jeweilige spezifische Rechtsfolge (Schadensersatz statt der Leistung: §§ 280 Abs. 3, 281, 282 BGB; Rücktritt: §§ 323, 324 BGB) erfüllt sein müssen. Die allgemeinen Voraussetzungen, die seit jeher die pVV charakterisieren, entsprechen weitgehend den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB: Es handelt sich um das Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen den Parteien und die Verletzung einer aus dem Schuldverhältnis entspringenden Pflicht durch ein Handeln oder Unterlassen.

### *a. Schuldverhältnis zwischen den Parteien*

Grundlage der Haftung aus pVV ist das Bestehen eines Schuldverhältnisses. Zumeist handelt es sich hierbei um ein vertragliches Schuldverhältnis. Die pVV ist jedoch darauf nicht beschränkt und kann auch bei gesetzlichen Schuldverhältnissen (z.B. berechtigter GoA) Anwendung finden. Insoweit ist der Name „positive

Vertragsverletzung“ also missverständlich, er hat sich jedoch in Wissenschaft und Praxis eingebürgert. Häufig liest man auch die Bezeichnung „positive Forderungsverletzung (pFV)“.

### *b. Pflichtverletzung durch ein Handeln oder Unterlassen*

Es kommen nur Pflichtverletzungen in Betracht, die weder eine Unmöglichkeit der Leistung noch Verzug bzw. Verzögerung der Leistung zur Folge haben, da diesbezüglich eigenständige Leistungsstörungstatbestände eingreifen. Ebenso scheiden Pflichtverletzungen aus, deren Folgen von den gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften erfasst werden. Diese verweisen zwar im Kauf- und Werkvertragsrecht im Sinne von Rechtsgrundverweisungen auf die Leistungsstörungsregeln des allgemeinen Schuldrechts und somit auch der pVV (vgl. §§ 437, 634 BGB), werden aber durch Sondervorschriften des Gewährleistungsrechts nicht unerheblich modifiziert (vgl. etwa §§ 438, 440, 634a, 636 BGB).

## **3. Typen der pVV**

Im Laufe der Zeit haben sich zwei Haupttypen der pVV herausgebildet, nämlich zum einen die Schlechtleistung und zum anderen die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten.

### *a. Schlechtleistung*

Eine Schlechtleistung liegt vor, wenn die geschuldete Leistung nicht ordnungsgemäß erbracht wird. Beispiele aus der Rechtsprechung: Tod von Pferden des Käufers wegen Lieferung von Tierfutter, dem giftige Rizinuskörner beigemischt waren (RGZ 66, 289); Verderben von Wein wegen der vom Verkäufer gelieferten mangelhaften Korken (BGH NJW 1990, 908 - in diesem Falle waren die Ansprüche aus pVV jedoch verjährt). Die Schlechtleistung ist im Allgemeinen Schuldrecht in §§ 280 Abs. 1 BGB („Pflichtverletzung“), 280 Abs. 3 und 281 Abs. 1 BGB (“...der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet erbringt...“) und § 323 Abs. 1 BGB (“...der Schuldner eine fällige Leistung nicht vertragsgemäß erbringt...“) geregelt. Auf Grund dieser Regelung im Allgemeinen Schuldrecht ist - wie auch bereits im früheren Recht - zwischen Verträgen ohne gesetzliche Gewährleistungsvorschriften und Verträgen mit solchen zu unterscheiden. Bei Verträgen ohne gesetzliche Gewährleistungsvorschriften - wie den Gesellschaftsverträgen (vgl. hierzu BGH NJW 1983, 1188), Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverträgen und Auftragsverhältnissen - ist ein Fall der

Schlechtleistung allein nach den §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB zu beurteilen. Bei Verträgen mit gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften ist im neuen Recht wiederum zu differenzieren. Da das Gewährleistungsrecht des Kauf- und Werkvertragsrechts im Sinne einer Rechtsgrundverweisung auf die §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB verweist (§§ 437, 634 BGB), sind diese Vorschriften unter Beachtung der gewährleistungsrechtlichen Modifikationen auf Schlechtleistungsfälle anzuwenden. Wo es aber an einer solchen Verweisung auf das Allgemeine Schuldrecht fehlt (z.B. im Mietrecht: §§ 536 bis 536d BGB) greift man bei mangelhafter Erfüllung nur dann auf die genannten Vorschriften über die Schlechtleistung im allgemeinen Schuldrecht zurück, wenn das Gewährleistungsrecht Regelungslücken enthält.

### *b. Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten*

Den zweiten Hauptanwendungsfall der pVV neben der Schlechtleistung stellt die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten dar. Die Palette der in Frage kommenden Nebenpflichtverletzungen ist sehr groß. Im Laufe der Zeit haben die Rechtsprechung und die Literatur einige typische Fallgruppen entwickelt. Einen Teil davon, die Schutzpflichten, hat der Gesetzgeber nunmehr in § 241 Abs. 2 BGB kodifiziert. Die Aufzählung ist jedoch keineswegs abschließend.

### *i. Verletzung der Leistungstreuepflicht*

Die Parteien haben die Pflicht, den Vertragszweck weder zu gefährden noch zu vereiteln. Es hängt vom Inhalt des Vertrages ab, welche Pflichten sich hier im Einzelfall ergeben. Eine Leistungstreuepflichtverletzung liegt z.B. vor, wenn der Verkäufer entgegen dem Vertrag auf einmal Barzahlung verlangt, anstatt wie bisher dem Käufer Kredit zu gewähren oder wenn er vor der Lieferung eines neuen Kraftfahrzeugs einzelne Teile gegen alte andere Teile austauscht. „Paradefall“ für die auf die Verletzung von Leistungstreuepflichten gestützte pVV war nach ständiger Rechtsprechung zum früheren Recht der Fall der ernstlichen und endgültigen Erfüllungsverweigerung (sogen. „Vertragsaufsage“) vor Eintritt der Fälligkeit der Hauptleistungspflicht. In diesem Fall erlaubte die Rechtsprechung dem Gläubiger nämlich die sofortige Geltendmachung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder den sofortigen Rücktritt analog § 326 BGB a.F. (BGH NJW 1986, 842, 843). Im neuen Recht ist dieser Fall der Vertragsaufsage vor Fälligkeit der Hauptleistungspflicht ebenso zu lösen: Das Recht zum sofortigen Rücktritt in diesem Fall folgt zwanglos aus § 323 Abs. 1, 2 Nr. 1, 4 BGB: Bereits vor Eintritt der Fälligkeit der Hauptleistungspflicht ist offensichtlich, dass die Rücktrittsvoraussetzungen beim Eintritt der Fälligkeit eintreten werden, weil der Schuldner nicht leisten wird und eine Nachfristsetzung gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 1

BGB entbehrlich sein wird. Aber auch ein Recht auf sofortigen Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB lässt sich begründen: Die Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB) liegt in der Verletzung der Leistungstreuepflicht als vertraglicher Nebenpflicht. Sie ist auch zugleich die fällige Leistung im Sinne des § 281 Abs. 1 BGB, die der Schuldner nicht erbringt. Eine Fristsetzung ist ebenfalls im Hinblick auf die Vertragsaufsage gemäß § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich (ebenso: Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz, Fälle zum Neuen Schuldrecht, S. 192 f.; ähnlich: Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht, Rdnr. 361, die allerdings anstelle von § 281 BGB den § 282 BGB anwenden wollen, wogegen jedoch spricht, dass die Leistungstreuepflicht eine leistungsbezogene Nebenpflicht ist, während § 241 Abs. 2 BGB nach seinem Wortlaut und dem Willen des Gesetzgebers auf nicht leistungsbezogene Schutzpflichten beschränkt sein sollte).

*ii. Verletzung der Schutzpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB)*

Die Parteien haben die Pflicht, sich bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses so zu verhalten, dass die Person, das Eigentum und sonstige Rechtsgüter der anderen Vertragspartei nicht verletzt werden. Die Verkehrssicherungspflicht ist innerhalb des Schuldverhältnisses zugleich eine Vertragspflicht. Voraussetzung ist jedoch stets, dass die konkrete Rechtsgutverletzung in Zusammenhang mit dem Schuldverhältnis steht. Solche Schutzpflichten bestehen z.B. darin, für den nach den Umständen erforderlichen Versicherungsschutz zu sorgen, oder in Geheimhaltungspflichten beim Chiffreanzeigenvertrag oder Bankvertrag. Seit der Schuldrechtsreform sind die Schutzpflichten in § 241 Abs. 2 BGB normiert.

*iii. Verletzung von Mitwirkungspflichten*

Die Parteien sind verpflichtet, mit dem Vertragspartner dergestalt zusammenzuwirken, dass die Voraussetzungen für die Durchführung des Vertrages geschaffen werden oder etwaige Hindernisse beseitigt werden.

*iv. Verletzung von Aufklärungs- und Auskunftspflichten*

Die Parteien haben die Pflicht, den anderen Vertragsteil unaufgefordert über erhebliche Umstände zu informieren. Diese Pflicht überschneidet sich mit der Schutzpflicht, wenn vor Gefahren zu warnen ist, die das Integritätsinteresse der anderen Partei berühren. Es ist stets zu prüfen, ob redlicherweise eine Information des Vertragspartners zu erwarten ist. Die Informationspflicht ist z.B. sehr hoch anzusetzen bei Lieferanten und Herstellern komplizierter und gefährlicher Produkte.

#### **4. Mangelschäden und Mangelfolgeschäden**

Die Unterscheidung von Mangelschäden und Mangelfolgeschäden bei der Frage des Verhältnisses der Sachmängelgewährleistung zur Haftung aus positiver Vertragsverletzung zählte zu den umstrittensten und schwierigsten Fragen des alten Schuldrechts. Die Schuldrechtsreformkommission war angetreten, dem Streit ein Ende zu setzen und die Unterscheidung überflüssig zu machen (Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsgg. vom Bundesministerium der Justiz 1992, S. 22 f., 32 f.). Die Schuldrechtsreform bot die beste Gelegenheit dazu (In der Begründung des Gesetzesentwurfs heißt es denn auch, eines der wesentlichen Ziele der Schuldrechtsmodernisierung sei es die durch die Unterscheidung von Mangel- und Mangelfolgeschäden entstandenen vielfachen Unsicherheiten zu beseitigen BT-Drucks. 14/6040, S. 133). Viele glauben auch, dass das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz das Ziel erreicht habe. Dieser Glaube erweist sich indessen als Irrglaube. Denn das Gesetz hat zwar einige, aber eben nicht alle Gründe dafür beseitigt, zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden und unter den Mangelfolgeschäden zwischen nahen und entfernten Mangelfolgeschäden zu unterscheiden. Am Ende werden wir zwar die früheren Differenzierungen aufgeben können, müssen uns dafür aber mit neuen Differenzierungen in der Schadensentwicklung anfreunden. Als Trost halten die Änderungen des neuen Rechts eine gegenüber dem alten Recht vereinfachte Handhabung der Unterscheidung in den Schadensentwicklungen bereit.

##### *a. Gründe für die Schadensabgrenzungen im alten Recht*

Die Unterscheidung zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden war im Kaufrecht, die Unterscheidung zwischen nahen und entfernten Mangelfolgeschäden war im Werkvertragsrecht von Bedeutung. In beiden Rechtsbereichen verfolgte man mit der Unterscheidung unterschiedliche Ziele. Im Kaufrecht ging es darum, eine allgemeine Schadensersatzhaftung für Schäden aus verschuldeten Mängeln der Kaufsache zu etablieren und die Grenzen des § 463 BGB a.F. zu überwinden, der eine Schadensersatzhaftung nur bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder dem arglistigen Verschweigen eines Mangels vorsah. An diese Grenzen hielt man sich nur für Mangelschäden gebunden, während für Mangelfolgeschäden mit der positiven Vertragsverletzung der Weg zu einer allgemeinen Verschuldenshaftung geöffnet wurde, für die man allerdings verjährungsrechtlich das Korsett der gewährleistungsrechtlichen Verjährungsregelung beibehielt. Im Werkvertragsrecht ging es dagegen nicht um die Etablierung einer allgemeinen Schadensersatzhaftung für Schäden aus schuldhaft verursachten Mängeln der Werkleistung. Diese Haftung gab es schon in



§ 635 BGB a.F. Hier diente die Unterstellung der entfernten Mangelfolgeschäden unter das Haftungsregime der positiven Vertragsverletzung der Überwindung des gewährleistungrechtlichen Verjährungskorsetts. An seine Stelle sollte das allgemeine Verjährungsregime treten, was zu jener Zeit eine Verjährung in dreißig Jahren bedeutete.

*b. Die (teilweise) Überwindung der Gründe im neuen Recht*

Das neue Recht behält im Werkvertragsrecht die aus dem alten Recht bekannte allgemeine Schadensersatzhaftung für schuldhaft verursachte Werkmängel bei und führt sie für schuldhaft verursachte Mängel der Kaufsache ein, indem es dem Besteller bzw. dem Käufer im Falle der Mangelhaftigkeit der empfangenen Leistung das Recht gibt, nach den §§ 280, 281 283 und 311a BGB Schadensersatz zu verlangen (§§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4 BGB). Das Regime der Haftungsbegründung für Mangelschäden und Mangelfolgeschäden ist vereinheitlicht. Es unterscheidet sich nicht von der allgemeinen Haftung für (vermutet) schuldhaftes Vertragspflichtverletzungen. Von daher gibt es keinen Grund im neuen Recht an der alten Unterscheidung von Mangelschäden und Mangelfolgeschäden festzuhalten. Nicht vereinheitlicht sind dagegen das Verjährungsregime der allgemeinen Vertragshaftung und das Verjährungsregime der Mängelhaftung im Kauf- und Werkvertragsrecht. Und genau hier könnte der Grund für das Wiederaufleben der alten Abgrenzungsstreitigkeiten liegen.

*i. Das allgemeine Verjährungsregime*

Das allgemeine Verjährungsregime ist vom Schuldrechtsmodernisierungsgesetz grundlegend verändert worden. Während das frühere Recht dem objektiven System verpflichtet war, nach dem die Verjährung eines Anspruchs unabhängig davon beginnt, ob der Anspruchsinhaber Kenntnis von dem Anspruch und dem Anspruchsgegner hat, folgt das neue Recht im Einklang mit den Vorstellungen der Lando-Kommission zum europäischen Vertragsrecht dem subjektiven System und macht den Beginn der Verjährung zusätzlich von der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis des Anspruchsinhabers abhängig (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Damit vermeidet man das konfiskatorische Zuschlagen der Verjährungsfälle, kann die Verjährungsfristen radikal vereinfachen und vereinheitlichen (so geschehen in §§ 195 bis 197 BGB) und entzieht jeglichem Streit über Zuordnungen und Abgrenzungen von Anspruchsgrundlagen den Boden, wenn man konsequent bei diesem Verjährungsmodell bleibt.

*ii. Das Verjährungsregime des Gewährleistungsrechts*

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist entgegen den Vorstellungen des Gutachtens von Peters/Zimmermann nicht bei diesem Verjährungsmodell geblieben, sondern hat für das Gewährleistungsrecht des Kaufrechts wie des Werkvertragsrechts ein objektives Verjährungsmodell mit gegenüber dem allgemeinen Verjährungsrecht abweichenden Fristen eingeführt. Die Verjährung beginnt zu den in den §§ 438 Abs. 2, 634a Abs. 2 BGB festgelegten Zeitpunkten (Übergabe, Ablieferung, Abnahme) auch ohne die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Anspruchsinhabers. Zwar droht das konfiskatorische Zuschlagen der Verjährungsfälle nicht schon (wie teilweise im früheren Recht) nach sechs Monaten, sondern frühestens in zwei Jahren und bei Bauwerken in fünf Jahren. Nach dem Ablauf dieser Zeiten aber soll dem Verkäufer und dem Unternehmer die Möglichkeit gegeben werden, seine Bücher zu einem bestimmten Projekt zu schließen und sich nicht mehr mit Mängelrechten herumschlagen zu müssen.

So nachvollziehbar gerade dieser letzte Gesichtspunkt für die Einführung eines objektiven Modells im kauf- und werkvertragsrechtlichen Mängelrecht ist, mit unterschiedlichen Verjährungsregimen für allgemeine Haftungen und Mängelhaftungen weckt man mindestens bei denen Begehrlichkeiten, dem Mängelrecht zu entfliehen und sich in den Hafen der allgemeinen Haftung zu retten, deren Mängelrechte verjährt sind. Das Tor zu den alten Abgrenzungstreitigkeiten ist aufgestoßen.

*c. Lösung für das neue Recht*

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, dem geschilderten Problem Herr zu werden.

*i. Lösungsmodelle*

Man könnte zu der Lösung greifen, die der Bundesgerichtshof zum alten Kaufrecht entwickelt hat. Danach unterfielen alle Schadensentwicklungen im Zusammenhang mit Mängeln der Vertragsleistung dem Verjährungsregime des Gewährleistungsrechts. Diese Lösung besticht auf den ersten Blick durch ihre Eleganz und Einfachheit. Auf den zweiten Blick offenbart sie dagegen Schwächen. Sie zwingt dazu, wertungsmäßig Gleiches ungleich zu behandeln, wenn sie Folgeschäden des schuldhaft verursachten Mangels dem Verjährungsregime des Gewährleistungsrechts und Folgeschäden aus der schuldhaft unterbliebenen Aufklärung über einen nicht schuldhaft verursachten Mangel dem allgemeinen Verjährungsregime unterstellt. Sie versperrt auch nicht den Weg in ein weiteres Haftungsrecht, das dem allgemeinen Verjährungsregime unterliegt, wenn der

schuldhaft verursachte Mangel die Verletzung eines deliktisch geschützten Rechtsguts auslöst und der Geschädigte sein Heil in der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs aus unerlaubter Handlung (oder Produkthaftung) sucht. Denn die deliktischen Schadensersatzansprüche werden auf keinen Fall durch das vertragliche Gewährleistungsrecht ausgeschlossen. Deshalb ist die Übernahme der Lösung des Bundesgerichtshofs zum alten Kaufrecht für das neue Recht zu verwerfen.

Man könnte zweitens zu einem ungestörten Nebeneinander der allgemeinen vertraglichen Schadensersatzhaftung mit der Mängelhaftung im Kauf- und Werkvertragsrecht greifen. Doch würde diese Lösung, da sie auch bloße Mangelschäden erfasste, der Anordnung des Gesetzgebers in den §§ 438 und 634a BGB widersprechen. Sie ist deshalb für das neue Recht als gesetzeswidrig zu verwerfen.

Man könnte drittens die Differenzierung zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden wieder beleben oder doch etwas Ähnliches tun und die Mangelfolgeschäden der allgemeinen Vertragshaftung und damit dem allgemeinen Verjährungsregime unterstellen, während man die Mangelschäden dem gewährleistungsrechtlichen Verjährungsregime unterwirft. Diese Lösung dürfte auf den ersten Blick auf den größten Widerstand treffen. Auf den zweiten Blick erweist sie sich allen anderen Lösungen als überlegen, wenn man zuvor eine Klarstellung bei dem Kriterium für die Unterscheidung zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden einführt. Diese Klarstellung sollte auf der Ebene der geschützten Interessen erfolgen. Auf der einen Seite steht das Leistungs- und Äquivalenzinteresse des Vertragspartners, auf der anderen Seite sein Integritätsinteresse. Nachteilige Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Leistungs- und Äquivalenzinteresse unterstehen dem Haftungs- und Verjährungsregime des Gewährleistungsrechts. Nachteilige Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Integritätsinteresse unterstehen dem Haftungs- und Verjährungsregime des allgemeinen Haftungsrechts. Dabei ist das allgemeine Haftungsrecht nicht nur das Deliktsrecht, sondern auch das in den §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB kodifizierte vertragliche Schutzrecht, soweit es mit den deliktisch geschützten Interessen korreliert.

*ii. Vorteile des vorgeschlagenen Modells*

Die Vorteile des vorgeschlagenen Modells liegen auf der Hand. Das Modell führt keine neuen und schwer handhabbaren Differenzierungen von Mangelschäden und Mangelfolgeschäden und unter den Mangelfolgeschäden zwischen nahen und entfernten Mangelfolgeschäden ein, sondern orientiert sich an einer für die

deliktischen Ansprüche ohnehin vorzunehmenden Bestimmung der deliktisch geschützten Integritätsinteressen (Rechtsgüter). Nur für den Rechtsgüterschutz gilt mit dem allgemeinen Haftungsrecht das allgemeine Verjährungsregime. Zum allgemeinen Deliktsrecht tritt für den Rechtsgüterschutz das vertragliche Haftungsrecht hinzu, das den Rechtsgüterschutz verbessert, indem es die Enge der deliktischen Geschäftsherrhaftung überwindet und dem Geschädigten eine günstigere Beweislastverteilung bietet. Es gibt keinen Grund, diese Vorteile des vertragsrechtlichen Rechtsgüterschutzes in den Fällen zu versagen, in denen die Pflichtverletzung über einen Mangel der Vertragsleistung zur Rechtsgutsverletzung führt. Warum sollte mit Blick auf die Zurechnung des Gehilfenverschuldens und der Verjährung der, dem nach den mangelfrei durchgeführten Reparaturarbeiten an seinem Hause ein fahrlässig nicht entsorgter Stein auf den Kopf fällt, gegenüber dem besser gestellt sein, der sich eines Tages schwer verletzt in den Trümmern des von den Maurern fahrlässig mangelhaft errichteten Gebäudes findet? In den einen wie dem anderen Fall sind deliktisch geschützte Rechtsgüter durch schuldhaftige Vertragspflichtverletzungen betroffen.

### *iii. Einteilung von Schäden nach den geschützten Interessen*

Wenn wir nachteilige Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Leistungs- und Äquivalenzinteresse dem Haftungs- und Verjährungsregime des Gewährleistungsrechts und nachteilige Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Integritätsinteresse dem Haftungs- und Verjährungsregime des allgemeinen Haftungsrechts unterstellen, bleiben noch die Angabe von Beispielen für die eine und die andere Schadenskategorie und schließlich ein Blick auf die Änderungen, die das neue Recht gegenüber den früheren Differenzierungen bringt.

Nachteilige Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Leistungs- und Äquivalenzinteresse umfassen die Untauglichkeit zum Gebrauch, die Kosten zur Beseitigung des Mangels, die Aufwendungen für den Einsatz des nicht zum Einsatz kommenden Gegenstands, den Nutzungs- und Produktionsausfall, den Gewinnentgang. Die meisten dieser Schadensposten decken sich mit dem, was man nach der Einteilung zum früheren Recht als Mangelschaden qualifiziert hat. Nachteilige Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Integritätsinteresse sind Schadensfolgen, die aus der Verletzung eines nicht mit der Vertragsleistung identischen Rechtsguts entstehen: Herstellungskosten für die Herstellung des betroffenen Rechtsguts (Behandlungskosten bei Körperverletzungen, Reparaturkosten bei Sachbeschädigungen), der Vermögensverlust bei ausgeschlossener Herstellung, der entgangene Gewinn; kurzum: Personenschäden und Sachschäden und ein aus diesen Schäden resultierender Gewinnentgang.

*iv. Änderungen gegenüber dem früheren Recht*

Die Änderungen gegenüber dem früheren Kaufrecht liegen in einer neuen Grenzziehung und in der Unterstellung eines Teils der aus der mangelhaften Leistung resultierenden schädlichen Folgen unter das allgemeine Haftungs- und Verjährungsregime. Die Grenzziehung macht nicht mehr an der Unterscheidung zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden fest, sondern unterscheidet nachteilige Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Leistungs- und Äquivalenzinteresse von nachteiligen Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Integritätsinteresse des Vertragspartners. Die Letzteren und nur sie werden dem Haftungs- und Verjährungsregime des allgemeinen Haftungsrechts unterstellt.

Die Änderungen gegenüber dem früheren Werkvertragsrecht liegen ebenfalls in einer neuen Grenzziehung und damit verbunden der Unterstellung eines größeren Teils der nachteiligen Folgen unter das allgemeine Haftungs- und Verjährungsregime. Die Grenzziehung macht nicht mehr an der Unterscheidung zwischen nahen und entfernten Mangelfolgeschäden fest, sondern unterscheidet wie beim Kaufrecht nachteilige Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Leistungs- und Äquivalenzinteresse von nachteiligen Entwicklungen durch mangelhafte Leistungen für das Integritätsinteresse des Vertragspartners. Die Letzteren werden insgesamt dem Haftungs- und Verjährungsregime des allgemeinen Haftungsrechts unterstellt. Das ist eine radikale Vereinfachung und scheint insbesondere die Architekten und Planer zu bedrohen, die im alten Recht in erster Linie die Nutznießer aus der Differenzierung naher und entfernter Mangelfolgeschäden waren. Denn die Musterkategorie naher und damit dem Gewährleistungsregime unterstellter Mangelfolgeschäden waren die Schäden am Bauwerk, die aus fehlerhaften Architekten- und Planungsleistungen resultierten. Doch besteht auch für die Architekten und Planer kein Grund zur Sorge. Denn ihrer hat sich der Gesetzgeber in § 634a Abs. 1 Nrn. 1 und 2 ausdrücklich angenommen und ihre Haftung für Werkmängel, die aus Planungs- und Überwachungsmängeln entstehen, dem Verjährungsregime des Gewährleistungsrechts unterstellt.

*d. Ergebnis*

Die Unterscheidungen zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden sowie nahen und entfernten Mangelfolgeschäden gehören nach der Schuldrechtsmodernisierung der Rechtsgeschichte an. Doch auch im neuen Schuldrecht werden wir uns mit einer Schadensdifferenzierung bei mangelhaften Vertragsleistungen im Kaufrecht und im Werkvertragsrecht anfreunden müssen. Es ist die Unterscheidung zwischen Schäden, die dem Leistungs- und

Äquivalenzinteresse zuzurechnen sind, und Schäden, die dem Integritätsinteresse des Vertragspartners zugehören. Für die Ersteren gilt das Haftungs- und Verjährungsregime des kaufvertraglichen und werkvertraglichen Gewährleistungsrechts, für die Letzteren das Haftungs- und Verjährungsregime des allgemeinen Haftungsrechts.

## **5. Schaden und Kausalität**

Dem Gläubiger muss selbstverständlich auch ein Schaden entstanden sein. Voraussetzung für die Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB ist, dass zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden ein Kausalzusammenhang besteht.

## **6. Verschulden hinsichtlich der Pflichtverletzung**

Eine Haftung nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Für das Vertretenmüssen gelten die §§ 276 bis 278 BGB. Der Schuldner muss also ebenso wie bei Unmöglichkeit und Verzug für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen einstehen. Wie sich aus der Formulierung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB ergibt, wird das Verschulden des Schuldners im Falle einer Pflichtverletzung jedoch vermutet. Das Verschulden ist daher keine „Voraussetzung“ für den Haftungstatbestand, sondern das fehlende Verschulden ist eine rechtshindernde Einwendung, die die Haftung ausschließt und für deren Vorliegen den Schuldner die Darlegungs- und Beweislast trifft. Das Rücktrittsrecht aus § 323 Abs. 1 und §§ 324, 241 Abs. 2 BGB ist dagegen verschuldensunabhängig ausgestaltet.

## **7. Rechtsfolgen der pVV**

Die Rechtsfolge einer pVV ist entweder ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, aus §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB oder aus §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 282 BGB. Auf ihn finden die §§ 249 ff BGB Anwendung. Bei gegenseitigen Verträgen ist der geschädigte Vertragsteil nicht auf die Geltendmachung seines Schadens beschränkt. Er kann vielmehr zugleich (§ 325 BGB) unter den Voraussetzungen des § 323 oder der §§ 324, 241 Abs. 2 BGB vom Vertrag zurücktreten.

## 8. Beweislastverteilung

Im Prozess hat eine Partei die Voraussetzungen der Rechtsnormen zu beweisen, die sie angewendet wissen möchte. Für eine gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche aus einer Haftung aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 bzw. 282 BGB bedeutet dieser Grundsatz, dass der Gläubiger vor Gericht die Voraussetzungen Schuldverhältnis, Pflichtverletzung, Schaden und Kausalzusammenhang darlegen und gegebenenfalls beweisen muss. Demgegenüber ist das Verschulden keine vom Gläubiger darzulegende und zu beweisende Anspruchsvoraussetzung, sondern vielmehr eine rechtshindernde Einwendung, die der Schuldner zu seiner Entlastung darlegen und gegebenenfalls beweisen muss.

Diese Beweislastverteilung bezüglich des Verschuldens stellt gegenüber dem alten Recht eine teilweise Neuerung dar. Im früheren Recht wendete der BGH den § 282 BGB a.F., der zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens führte, zwar auch auf die pVV analog an. Er machte die analoge Anwendung allerdings davon abhängig, dass die Schadensursache aus dem Gefahrenbereich hervorgegangen ist, für den der Schuldner im Zweifel die Verantwortung trägt (BGH NJW 1980, 2186) (Prinzip der Beweislastverteilung nach Gefahrbereichen). Da dieses zusätzliche Erfordernis für eine dem Gläubiger günstige Beweislastverteilung im neuen Recht entfallen ist, ist die Neuregelung insoweit „gläubigerfreundlicher“.

---

## VII. Culpa in contrahendo (c.i.c.)

### 1. Entwicklung und Rechtsgrundlage

Die tatsächliche Anbahnung von Vertragsbeziehungen und der vorbereitende Geschäftskontakt begründen bereits Schutz- und Obhutspflichten zwischen den Parteien (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB), deren Verletzung wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) schadensersatzpflichtig machen kann. Dies findet seinen Grund darin, dass sich der Geschädigte zum Zwecke der Vertragsverhandlungen in den Einflussbereich des anderen Teils begeben hat und damit redlicherweise auf eine gesteigerte Sorgfalt seines Verhandlungspartners vertrauen kann. Durch die c.i.c. werden die vertragsorientierten Vermögensinteressen des Vertragspartners geschützt. Die Haftung aus c.i.c. ist vom tatsächlichen Zustandekommen eines Vertrages und seiner Wirksamkeit weitgehend unabhängig und stellt den Geschädigten gegenüber der allgemeinen

deliktischen Haftung, etwa aus Verletzung der Verkehrssicherungspflicht, im Hinblick auf die verschärfte Gehilfenhaftung (§ 278 BGB gegenüber § 831 BGB) und die andere Beweislastverteilung (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB) wesentlich günstiger.

Die Lehre von der culpa in contrahendo geht auf Rudolf v. Jhering zurück. Eine gesetzliche Regelung fand sich erstmals in I 5 § 284 ALR (Preußisches Allgemeines Landrecht). Im ursprünglichen BGB war die c.i.c. nirgends ausdrücklich geregelt, in einzelnen Vorschriften fand man jedoch ihren Rechtsgedanken wieder (z.B. § 122 BGB, § 307 BGB a.F.). Auch das vormalige AGBG (Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen) erwähnte in § 11 Nr. 7 die „Verletzung von Pflichten bei Vertragsverhandlungen“. Die c.i.c. war wie auch die pVV gewohnheitsrechtlich anerkannt, bevor sie mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz am 1. Januar 2002 in das BGB einzog (§ 311 Abs. 2 BGB).

## **2. Voraussetzungen der c.i.c.**

Die Haftung aus c.i.c. (§ 311 Abs. 2 BGB) setzt - vergleichbar mit der Haftung aus pVV - das Bestehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses (a) und die Verletzung einer aus diesem Schuldverhältnis entspringenden Pflicht voraus (b) (§ 280 Abs. 1 BGB).

### *a. Bestehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses*

Die Frage, wann ein solches Schutzpflichten begründendes (§ 241 Abs. 2 BGB), vorvertragliches, gesetzliches Schuldverhältnis entsteht, ist in § 311 Abs. 2 BGB geregelt. Dabei hat der Gesetzgeber drei Entstehungstatbestände geschaffen, die nachfolgend näher beleuchtet werden sollen.

#### *i. Vorvertragliches Schuldverhältnis kraft Aufnahme von Vertragsverhandlungen (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB)*

§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB regelt den Fall eines bereits sehr weit fortgeschrittenen vorvertraglichen Kontaktes zwischen den Parteien: Die Parteien kommunizieren miteinander mit dem Ziel, einen Vertrag abzuschließen. Dabei ist Kommunikation in einem weiten Sinne zu verstehen. Es ist also nicht erforderlich, dass sich die Parteien während des Verhandeln am gleichen Ort aufhalten oder dass sie direkt (etwa per Telefon etc.) miteinander sprechen. Erfasst wird der gesamte Zeitraum vom Beginn der Verhandlungen bis zu ihrem Abbruch bzw. dem Abschluss des Vertrages (Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 3. Kapitel Rdnr. 10).



*ii. Vorvertragliches Schuldverhältnis kraft Anbahnung eines Vertrages (§ 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB)*

Während der an der Spitze stehende § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB - gesetzestechnisch etwas missglückt - den Spezialfall bereits stark konkretisierter rechtsgeschäftlicher Kontakte regelt, bringt Nr. 2 als wohl wichtigster Fall des § 311 Abs. 2 BGB den zentralen Grund der Haftung aus c.i.c. zum Ausdruck, nämlich den Grund der Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen zwischen potentiellen Vertragspartnern (Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 3. Kapitel Rdnr. 10). Die „Vertrauensinvestition“ des Gläubigers besteht nach dem Gesetzeswortlaut darin, dass dieser dem Schuldner die „Möglichkeit der Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut hat“. Der klassische Fall, den der Gesetzgeber damit insbesondere erfassen wollte, ist der Fall, dass der potentielle Kunde sich in einen von seinem potentiellen Vertragspartner beherrschten Gefahrenbereich begeben hat, um mit diesem in Vertragsverhandlungen einzutreten oder um sich ein Bild von den angebotenen Leistungen zu machen (z.B.: potentieller Gast betritt das Foyer eines Hotels, um sich über die Zimmerpreise zu informieren). Ein schönes Beispiel für diese von § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB erfasste Fallgruppe ist der sogen. „Gemüseblattfall“ des BGH, in dem der BGH in einer noch nach altem Recht ergangenen Entscheidung über das Schadensersatzbegehren einer Person zu entscheiden hatte, die in einem Kaufhaus auf einem Gemüseblatt ausgerutscht war und sich dabei verletzte (BGHZ 66, 51). Bereits mit dem Betreten des Kaufhauses bahnt sich ein rechtsgeschäftlicher Kontakt an, zumindest dann, wenn der Verletzte es auch in Betracht gezogen hat, möglicherweise einen Kaufvertrag abzuschließen. Es ist nicht erforderlich, dass er eine konkrete Kaufabsicht hatte. Anders ist es hingegen, wenn er das Kaufhaus nur betreten hat, um sich aufzuwärmen oder vor dem Regen zu schützen. Ein solcher bloßer „sozialer“ Kontakt, der in keinem Zusammenhang mit einem eventuellen Vertragsschluss stehen kann, fällt nicht unter § 311 Abs. 2 Nr. 2 (Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 369).

*iii. Vorvertragliches Schuldverhältnis kraft eines ähnlichen geschäftlichen Kontaktes*

Da ein Großteil der bisher unter die c.i.c. gefassten Fälle nunmehr von § 311 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB erfasst werden, wird vertreten, § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB habe keinen eigenständigen Anwendungsbereich (Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 3. Kapitel Rdnr. 11). Dem kann nicht gefolgt werden, da man bei der Gesetzesauslegung, insbesondere eines noch jungen Gesetzes, möglichst Ergebnisse vermeiden sollte, nach denen eine Gesetzesvorschrift vollkommen leer läuft und damit überflüssig wäre. Erklärtermaßen war der Wille

des Gesetzgebers darauf gerichtet, die c.i.c. ohne sachliche Änderung des bisherigen Rechtszustandes zu kodifizieren, zugleich aber mit Hilfe generalklauselartiger Formulierungen die Möglichkeit einer Weiterentwicklung durch Rechtsprechung und Lehre zu gewährleisten (vgl. Canaris, JZ 2001, 499, 520). Diese Funktion kann insbesondere der Auffangtatbestand des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB übernehmen (ähnlich: Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 369 f.).

Die Rechtsprechung hat anerkannt, dass unter besonderen Voraussetzungen auch außen stehende, am Vertragsschluss selbst nicht beteiligte Dritte in den Schutzbereich eines Vertrages einbezogen sind mit der Folge, dass ihnen zwar kein Anspruch auf Erfüllung der primären Vertragspflicht, wohl aber auf den durch den Vertrag gebotenen Schutz und die Fürsorge zusteht, und dass sie aus der Verletzung dieser vertraglichen Nebenpflichten Schadensersatzansprüche im eigenen Namen geltend machen können (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter). Davon ausgehend muss man nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch Dritte in das vorvertragliche Schuldverhältnis mit einbeziehen. Der Gemüseblattfall (BGHZ 66, 51) betraf eine derartige Konstellation, da nicht die Kundin selbst, sondern ihre Tochter ausgerutscht war. Heute finden wir die entsprechende gesetzliche Anordnung in § 311 Abs. 3 BGB.

Bei der Haftung beschränkt geschäftsfähiger Personen aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis der c.i.c. (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) sind die §§ 104 ff. BGB analog heranzuziehen. Wäre der entsprechende Vertrag für den beschränkt Geschäftsfähigen wirksam zustande gekommen, so besteht auch eine mögliche Haftung des beschränkt Geschäftsfähigen aus c.i.c.. Der Verhandlungspartner haftet jedoch unabhängig von der möglichen Wirksamkeit oder Unwirksamkeit (im Hinblick auf die beschränkte Geschäftsfähigkeit des Vertragspartners) des Vertrages aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c.).

### *b. Pflichtverletzung*

Ebenso wie bei der pVV muss auch bei der c.i.c. eine bestimmte Verhaltenspflicht seitens des Schädigers verletzt worden sein (§§ 311 Abs. 2 i.V.m. 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB). Die Abgrenzung zur pVV erfolgt nach dem Zeitpunkt der Verletzungshandlung. Bei einer Verletzungshandlung zur Zeit eines bestehenden Vertrages ist die pVV einschlägig, während man auf die c.i.c., respektive auf das vorvertragliche Schuldverhältnis aus § 311 Abs. 2 BGB, zurückgreift, wenn die Verletzungshandlung vor oder bei Vertragsschluss oder im Rahmen eines nichtigen Vertrages stattfand.

### 3. Fallgruppen der c.i.c.

Ebenso wie bei der pVV haben sich auch bei der c.i.c. im Laufe der Jahre Fallgruppen herausgebildet, die auch für das neue Recht ihre Berechtigung haben. Die nachfolgende Aufzählung ist jedoch keineswegs abschließend. Der Gesetzgeber wollte bewusst nicht lediglich den bisherigen Rechtszustand festschreiben.

#### *a. Schutzpflichten gegenüber gefährdeten Rechtsgütern (§ 241 Abs. 2 BGB)*

Bereits im Vorfeld eines Vertrages treffen die Parteien gewisse Schutzpflichten hinsichtlich Rechten, Rechtsgütern (Freiheit, körperliche Unversehrtheit, Leben etc.) und sonstiger Interessen des Vertragspartners (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB). Verstößt eine Partei gegen diese Schutzpflichten, sodass der Vertragspartner eine Rechtsgutsverletzung erleidet, begründet dies neben konkurrierenden deliktischen Ansprüchen einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB. Dies entschied bereits das Reichsgericht im Linoleumrollenfall in RGZ 78, 239. Eine Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB besteht nicht nur gegenüber den Kaufinteressenten selbst, es werden auch Dritte unter dem Gesichtspunkt eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in den Schutzbereich miteinbezogen. So entschied der BGH, als ein Kind seine Mutter in einen Supermarkt begleitete und auf einem Gemüseblatt ausrutschte, noch bevor es zum Kauf kam (BGHZ 66, 51). Der Gesetzgeber hat dies zwischenzeitlich in § 311 Abs. 3 BGB ausdrücklich angeordnet. Personen, die sich ohne Kaufabsicht in einem Kaufhaus aufhalten und dabei zu Schaden kommen, haben hingegen keine Ansprüche aus c.i.c..

#### *b. Abbruch von Vertragsverhandlungen*

Die Vertragsfreiheit garantiert jedem Vertragspartner bis zum Vertragsabschluss das Recht, von dem in Aussicht gestellten Vertragsschluss Abstand zu nehmen. Macht ein Vertragsteil in Erwartung des Vertragsabschlusses Aufwendungen, so tut er dies in aller Regel auf eigenes Risiko. Wenn jedoch der Vertragsschluss nach den Verhandlungen zwischen den Parteien als sicher anzunehmen ist und in dem hierdurch begründeten Vertrauen Aufwendungen zur Durchführung des Vertrages vor dessen Abschluss gemacht werden, können diese von dem Verhandlungspartner unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen zu erstatten sein, wenn er den Vertragsschluss später ohne triftigen Grund ablehnt. Dies wirft bei formbedürftigen Verträgen das Problem auf, dass die Vertragsparteien bereits vor Abschluss des formgerechten Vertrages

zumindes indirekt gebunden wären. Die Formvorschriften verfolgen jedoch den Zweck, den Parteien das wirtschaftliche Risiko des Geschäfts zu verdeutlichen und sie vor einem vorschnellen Vertragsabschluss zu bewahren. Im Bereich derartiger Formvorschriften (z.B. § 311b BGB) kann der Abbruch von Vertragsverhandlungen, deren Erfolg als sicher anzunehmen war, durch einen Vertragspartner auch dann keine Schadensersatzansprüche auslösen, wenn es an einem triftigen Grund für den Abbruch fehlt. Eine Ausnahme ist allerdings in den Fällen zu machen, in denen das Verhalten des Abbrechenden einen schweren Verstoß gegen die Verpflichtung zu redlichem Verhalten bei den Vertragsverhandlungen bedeutet, was in der Regel die Feststellung vorsätzlichen pflichtwidrigen Verhaltens erfordert (BGH NJW 1996, 1884).

### *c. Verhinderung wirksamer Verträge*

Beruhet die Unwirksamkeit auf einem Wirksamkeitshindernis, das aus der Sphäre einer Partei stammt, so kann diese wegen der Verursachung der Unwirksamkeit oder wegen einer mangelnden Aufklärung über das Wirksamkeitshindernis aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c.) schadensersatzpflichtig sein (BGHZ 99, 101 ff.). Eine Schadensersatzpflicht kommt z.B. in Betracht bei unterlassener Aufklärung über das Fehlen einer gültigen Vollmacht oder über die gesetzliche oder vertragliche Formbedürftigkeit eines Vertrages. Ebenso kann sich der Verwender unwirksamer Geschäftsbedingungen bei Verschulden seinem Vertragspartner gegenüber schadensersatzpflichtig machen, wenn dieser im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Klausel oder des ganzen Vertrages nutzlose Aufwendungen tätigt.

### *d. Verletzung von Aufklärungspflichten*

Bei Vertragsverhandlungen trifft grundsätzlich jeden Beteiligten die Pflicht, die andere Partei über Umstände aufzuklären, die für sie hinsichtlich des Vertragsschlusses von gehobener Bedeutung sind. Über das Ausmaß der Aufklärungspflicht ist gesondert für jeden Einzelfall und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu entscheiden. In Betracht kommen insbesondere Umstände, die der Wirksamkeit des Vertrages entgegenstehen, besondere Eigenschaften des Vertragsgegenstandes und sonstige besondere Umstände, die für den Entschluss des Vertragspartners maßgebend sind, etwaige Erfüllungshindernisse sowie Inhalt und Tragweite umfangreicher Geschäftsbedingungen und Formularverträge, vor allem, wenn der Vertragspartner geschäftsunerfahren ist.

**Beispiel:** K begibt sich zum Autohändler V und interessiert sich für einen ganz bestimmten Fahrzeugtyp. Der Händler bietet ihm eine Probefahrt mit einem Fahrzeug dieses Typs an, für das eine Kaskoversicherung nicht besteht. K tritt die Probefahrt an. Die Fahrt verläuft unglücklich. K wird wegen einer leichten Unaufmerksamkeit in einen Unfall verwickelt, bei dem ein Schaden an dem Fahrzeug entsteht.

Dem V stehen in einem solchen Fall neben Ansprüchen aus Delikt regelmäßig auch solche aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c.) zu. Kraft der Vertragsanbahnung, bei welcher der Händler dem K die Möglichkeit der Einwirkung auf das in seinem Eigentum stehende Fahrzeug gewährt hat, ist gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB zwischen K und V ein gesetzliches Schuldverhältnis entstanden, das dem Kaufinteressenten Schutz- und Sorgfaltspflichten in Bezug auf den zur Probefahrt überlassenen PKW auferlegt (§ 241 Abs. 2 BGB). Andererseits vertraut der Kaufinteressent darauf, dass er für leicht fahrlässiges Verhalten nicht haften muss, weil er davon ausgeht, dass der Verkäufer zum Schutze des Kunden eine Vollkaskoversicherung abgeschlossen hat. Dies darf er nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH NJW 1979, 643 (644)) auch, zumindest, wenn der Verkäufer ein Kfz-Händler und keine Privatperson ist. Eine Ausnahme besteht allerdings dann, wenn der Händler ihn vor der Probefahrt darauf aufmerksam macht, dass gerade keine Kaskoversicherung besteht. Schließt also ein Kfz-Händler keine Kaskoversicherungen für die Kunden ab, dann trifft ihn - ebenfalls aus §§ 311 Abs. 2 Nr. 2, 241 Abs. 2 BGB - eine Aufklärungspflicht. Dahinter steht der Gedanke, dass der Kfz-Händler, der Probefahrten im Rahmen seines Geschäftsbetriebes als werbewirksame Maßnahme veranstaltet, einen Vertrauenstatbestand erweckt. Der Händler kann durch den Abschluss einer Kaskoversicherung das Risiko einer leicht fahrlässigen Beschädigung des Vorführwagens begrenzen, während dem Kunden der Abschluss einer Versicherung gegen die besonderen Risiken einer Probefahrt praktisch nicht möglich ist. Bei einem Verkauf unter Privaten besteht eine andere Situation. Das Argument der leichten Versicherbarkeit seitens des Verkäufers kann nicht herangezogen werden. In einem solchen Fall kann sich der Kaufinteressent - im Gegensatz zum Kauf von einem Händler - nicht auf eine Kaskoversicherung verlassen (OLG Köln NJW 1996, 1288 (1289)).

Hinsichtlich der Rechtsfolge ergeben sich bei der Verletzung von Aufklärungspflichten Besonderheiten, wenn es im Anschluss an die Aufklärungspflichtverletzung zum Vertragsschluss kommt. In der Sache gibt es drei verschiedene Möglichkeiten: Entweder es wäre bei ordnungsgemäßer Aufklärung zum Abschluss desselben, zum Abschluss eines anderen oder überhaupt nicht zum Abschluss eines Vertrages gekommen. Da dem Geschädigten

der Nachweis, wie er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung verhalten hätte und wie der Vertragspartner auf dieses Verhalten reagiert hätte, in aller Regel nicht gelingen wird, hat die Rechtsprechung insoweit eine Beweislastumkehr anerkannt. Derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt, ist dafür beweispflichtig, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte (BGHZ 124, 151 (159)). Es spricht also eine durch den Verletzer zu widerlegende Vermutung dafür, dass der Aufgeklärte nicht denselben Vertrag abgeschlossen hätte (Kausalitätsvermutung). Kann der Aufklärungspflichtige diese Vermutung nicht widerlegen, steht der anderen Partei ein Wahlrecht zwischen Vertragsaufhebung und Vertragsanpassung zu. Der insoweit Berechtigte muss also nicht nachweisen, wie er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung verhalten hätte.

#### *e. Sachwalterhaftung*

Unter bestimmten Umständen kommt auch eine Eigenhaftung eines Vertreters oder Verhandlungsgehilfen aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c.) in Betracht, der ansonsten lediglich aus Delikt in Anspruch genommen werden kann. Ursprung dieser Haftung waren Fallgestaltungen, in denen der Vertreter der eigentliche Vertragsinteressent war und nur aus formalen Gründen nicht selbst als Vertragspartei, sondern als Vertreter auftrat. Die Eigenhaftung erfordert, dass die haftende Person ein unmittelbar eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt oder ein besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat, wodurch die Vertragsverhandlungen erheblich beeinflusst wurden (BGHZ 14, 313, 318). Der Gesetzgeber hat diese von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Erstreckung der Haftung für vorvertragliche Pflichtverletzungen auf Dritte nunmehr in § 311 Abs. 3 S. 2 BGB verankert. Dabei ist diese Vorschrift (vgl. den Wortlaut: „insbesondere“) so zu verstehen, dass die dort angeführte Haftung für Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens nur als nicht abschließend gemeintes Beispiel für die Haftungserstreckung auf Dritte gemeint ist (Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 376). Die Grundsätze, die zu dieser Haftung führen, sind auch auf so genannte Sachwalter anzuwenden, die zwar Vertretungsmacht haben und für einen anderen auftreten, trotzdem aber bei den Verhandlungen Vertrauen in besonderem Maße persönlich in Anspruch nehmen. Ein Sachwalter ist beispielsweise ein Gebrauchtwagenhändler, der nicht als Verkäufer auftritt, sondern als bloßer Vermittler für den Vorbesitzer. Ein Grenzfall bezüglich der Eigenhaftung ist die Frage nach der Haftung eines Geschäftsführers einer GmbH. Früher wurde ein die Haftung begründendes Eigeninteresse bereits angenommen, wenn der Geschäftsführer maßgeblich, vor allem als Allein- oder Mehrheitsgesellschafter, an der GmbH beteiligt war. Später wurde das Vorliegen zusätzlicher Umstände gefordert, die die Annahme

rechtfertigen können, der Vertreter habe „gleichsam in eigener Sache“ gehandelt. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Geschäftsführer der Gesellschaft zusätzlich zu seiner Kapitalbeteiligung persönliche Bürgschaften zur Verfügung stellt oder wenn er bei Abschluss eines Vertrages die Absicht hat, die vom Vertragspartner zu erbringenden Leistungen nicht ordnungsgemäß an die Gesellschaft weiterzuleiten, sondern sie zu eigenem Nutzen dafür geeigneten Zwecken zuzuführen. Seit BGHZ 126, 181 ist für das persönliche Vertrauen, das zu einer Eigenhaftung des Geschäftsführers führt, ein zusätzliches, von ihm selbst ausgehendes Vertrauen auf die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Erklärungen erforderlich. Es handelt sich dabei im Allgemeinen um Erklärungen im Vorfeld einer Garantiezusage. Nicht ausreichend ist es, wenn er lediglich vorvertragliche Aufklärungspflichten der Gesellschaft verletzt hat.

#### 4. Konkurrenzen

Die c.i.c. wirft als Rechtsinstitut des allgemeinen Schuldrechts vielfältige Konkurrenzfragen auf.

*a. Verhältnis der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zu den §§ 434 ff BGB*

Im alten Recht war umstritten, ob und inwieweit eine Haftung aus c.i.c. neben den Vorschriften des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts treten konnte. Das Reichsgericht hatte dazu in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass das Gewährleistungsrecht der §§ 459 ff BGB a.F. eine Haftung für fahrlässige Angaben oder Nichtangaben des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache nach Gefahrübergang ausschließe (vgl. RGZ 135, 339 (346)). Der BGH hatte sich dieser Rechtsprechung angeschlossen (BGHZ 60, 319).

Auch im neuen Recht stellt sich die Konkurrenzfrage, da das Gewährleistungsrecht des Kaufrechts gegenüber der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB für den Käufer deutlich ungünstiger ausgestaltet ist (vgl. §§ 195, 199 BGB mit § 438 BGB, sowie die §§ 442, 445 BGB mit der Regelung in den §§ 280 ff. BGB, wo es solche Ausschlussgründe nicht gibt). Sie ist ebenso zu beantworten wie schon zum bisherigen Recht, da auch im neuen Recht das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht als abschließende Sonderregelung ausgestaltet wird, deren Wertungen nicht durch die allgemeinen Regeln der §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB unterlaufen werden dürfen. Dabei betreffen diese Sonderregelungen nur solche vorvertraglichen Pflichtverletzungen des Verkäufers, die sich auf Eigenschaften der Kaufsache beziehen, die grundsätzlich geeignet sind, eine

Mängelhaftung gemäß §§ 434, 435 BGB auszulösen. Ferner betrifft das Exklusivitätsverhältnis des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts, das auch dem Schutz des Verkäufers dient, lediglich fahrlässige Pflichtverletzungen in Bezug auf Eigenschaften im Sinne der §§ 434, 435 BGB, da der Verkäufer, der vorsätzliche Pflichtverletzungen begeht, keinen Schutz verdient. Zusammenfassend lässt sich die Konkurrenzfrage auch im neuen Recht also dahingehend beantworten, dass die §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB neben den §§ 434 ff. BGB nicht anwendbar sind, wenn die vorvertragliche Pflichtverletzung eine fahrlässige Pflichtverletzung war und Eigenschaften im Sinne der §§ 434, 435 BGB betraf (vgl. umfassend: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 14. Kapitel, Rdnrn. 24 bis 29).

*b. Verhältnis der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zu den §§ 536, 536a BGB*

Entsprechend der ständigen Rechtsprechung zum früheren Recht für das Verhältnis der c.i.c. zu den §§ 459 ff BGB a.F., schloss der BGH in NJW 1980, 777 (780) auch die Anwendbarkeit der c.i.c. im Rahmen des mietrechtlichen Gewährleistungsrechts aus, jedenfalls nachdem die Sache dem Mieter überlassen ist. Dies gilt auch für das Verhältnis der §§ 280, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zu den §§ 536, 536 a BGB. Denn auch die §§ 536, 536a BGB enthalten eine detaillierte Regelung für den Fall, dass die Mietsache bestimmte für den Mieter wichtige Eigenschaften nicht besitzt. Einerseits räumt diese Regelung dem Mieter eine günstige Stellung ein, wenn sie den Vermieter bei § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB auch ohne Verschulden haften lässt, andererseits wird eine Haftung für einen Mangel der in § 536 Abs. 1 BGB bezeichneten Art unter den in § 536b BGB genannten Voraussetzungen auch dann ausgeschlossen, wenn der Vermieter fahrlässig unrichtige Angaben macht, bzw. (richtige) Angaben über vorliegende Mängel unterlassen hat. Diese sich aus § 536b BGB ergebende Beschränkung wäre weitgehend gegenstandslos, wenn neben der Haftung aus §§ 536 ff BGB auch eine Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB in Betracht käme.

*c. Verhältnis der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zu den §§ 633 ff BGB*

Auch für das werkvertragliche Gewährleistungsrecht erkannte der BGH beim alten Recht einen Vorrang für den Fall an, dass der Unternehmer vorvertragliche Sorgfaltspflichten verletzt, die sich auf Mängel des Werkes beziehen. Da die Regelungsstrukturen des kauf- und des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts nach der Reform einander noch stärker angenähert worden sind, müssen die zum



Konkurrenzverhältnis der §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zum Gewährleistungsrecht des Kaufrechts gemachten Ausführungen auch beim Werkvertragsrecht gelten. Demnach sind die §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB neben den §§ 633 ff. BGB nicht anwendbar, wenn die in Rede stehende vorvertragliche Pflichtverletzung fahrlässig begangen wurde und sich auf einen Mangel im Sinne des § 633 BGB bezieht.

*d. Verhältnis der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zum Anfechtungsrecht*

Die Rechtsprechung zum früheren Recht gewährte für die Fälle der arglistigen Täuschung und der widerrechtlichen Drohung neben dem Anfechtungsrecht auch einen Anspruch wegen c.i.c. (BGH NJW 1979, 1983 (1983)). Daran hat sich durch die Kodifikation der c.i.c. in § 311 Abs. 2 BGB nichts geändert.

*e. Verhältnis der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zum Deliktsrecht*

Auch deliktsrechtliche Ansprüche sind neben dem Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB ohne Weiteres anwendbar.

## **5. Schaden, Kausalität, Verschulden**

Dem Anspruchsteller muss durch das pflichtwidrige Verhalten des Schuldners ein Schaden entstanden sein (§ 280 Abs. 1 BGB).

Hinsichtlich des Verschuldens sind die §§ 276 bis 278 BGB anwendbar. Der Geschäftsherr muss gemäß § 278 BGB für alle Personen einstehen, deren er sich bedient. Allerdings wird das Verschulden gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet, sodass es dem Schuldner obliegt, den Entlastungsbeweis zu führen, wenn er sich von der Haftung befreien will.

## **6. Rechtsfolgen der c.i.c.**

Im Falle der Verletzung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses hat der Geschädigte einen Anspruch auf Schadensersatz (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB). Er kann verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre (§ 249 BGB). Der Anspruch geht in der Regel auf Ersatz des Vertrauensschadens mit der Besonderheit, dass er der Höhe nach nicht

auf das Erfüllungsinteresse beschränkt ist (wie z.B. bei §§ 122, 179 BGB). Steht fest, dass es ohne die Pflichtverletzung zum Abschluss eines bestimmten Vertrages oder zu einem günstigeren Vertragsschluss gekommen wäre, so kann der Geschädigte auch Ersatz für den ihm dadurch entstandenen Schaden in Form des ihm entgangenen Gewinns verlangen (Erfüllungsinteresse). Besteht der Schaden in der Eingehung einer Verbindlichkeit, dann kann der Geschädigte vom Schädiger die Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Ist der Vertrag infolge des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen zu ungünstigeren Bedingungen zustande gekommen, hält der Geschädigte aber am Vertrag fest, so bleibt ihm noch die Möglichkeit der Vertragsanpassung.

## **7. Verteilung der Behauptungslast und der Beweislast**

Grundsätzlich trägt der Anspruchsteller die Beweislast der anspruchsbegründenden Tatsachen. Das bedeutet für die c.i.c. konkret, dass der Anspruchsteller die Beweislast für das Bestehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses, die Verletzung einer aus diesem Schuldverhältnis entspringenden Pflicht, den Eintritt eines Schadens und für die Kausalität zwischen Schaden und Pflichtverletzung trägt, während den Anspruchsgegner gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB die Beweislast dafür trifft, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

Zum alten Recht nahm die Rechtsprechung jedoch an, dass die Darlegungslast für die Pflichtverletzung und für ihre Kausalität für die Schadensentstehung in bestimmten Fällen modifiziert werden konnte. So wurde im Rahmen der Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten angenommen, dass es dem Geschädigten obliege, darzulegen, dass die Schadensursache in den Risikobereich des Schädigers falle. Der Schädiger müsse dann seinerseits darlegen, dass er seiner Schutzpflicht nachgekommen sei. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum diese Modifizierung der Darlegungslast nicht auch im neuen Recht gelten sollte. Konkret bedeutet dies, dass der Geschädigte beispielsweise lediglich darzulegen hat, dass er in den Verkaufsräumen eines Schädigers auf einer liegen gebliebenen Bananenschale ausgerutscht sei, der Geschäftsinhaber dann vortragen muss, dass er in ausreichend kurzen Abständen die Geschäftsräume reinigt, die Bananenschale also unmittelbar vor dem Unfall von jemandem auf den Boden geworfen worden war, sodass er die ihm obliegenden Schutzpflichten gerade nicht verletzt habe.

Noch offen ist, wie sich die Beweislastverteilungsanordnung in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB auf die Beweislast für die objektive Pflichtverletzung auswirken wird. Dies kann im Rahmen der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB dann problematisch werden, wenn bei der Fahrlässigkeitshaftung „objektive

Pflichtverletzung“ im Sinne des Haftungstatbestandes aus § 280 Abs. 1 BGB und „objektive Sorgfaltspflichtverletzung“ im Sinne des § 276 BGB zusammenfallen. Dann trägt der Anspruchsteller für die Pflichtverletzung und der Anspruchsgegner für die Sorgfaltspflichtverletzung die Beweislast, wiewohl diese beiden Merkmale im gegebenen Fall inhaltlich identisch sind. Gelegentlich mag man das Problem dadurch entschärfen können, indem man die Pflichtverletzung von der Sorgfaltspflichtverletzung begrifflich abzugrenzen vermag (etwa: objektiver Pflichtverstoß = Bananenschale liegt auf Kaufhausboden; Sorgfaltspflichtverletzung = Unterlassen regelmäßiger Säuberungen bzw. Kontrollen). Oft wird dies aber nicht möglich sein (Kunde behauptet, er habe einen Vertrag auf Grund einer fahrlässig erteilten fehlerhaften Auskunft seines Vertragspartners abgeschlossen). Es steht zu erwarten, dass man in diesen Fällen daran festhalten wird, dass der Anspruchsteller die Beweislast für die objektive Pflichtverletzung trägt.

## 8. Verjährung

Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB verjähren grundsätzlich gemäß § 195 BGB in drei Jahren. Von der Geltung der Regelverjährung für Ansprüche aus c.i.c. wurde zum früheren Recht, als die Regelverjährung noch 30 Jahre betrug, eine Reihe von Ausnahmen vertreten, die teilweise sehr umstritten waren. Im neuen Recht spricht sich Emmerich (in: Münchner Kommentar zum BGB, § 311, Rdnr. 254) dafür aus, die Ausnahmen aufzugeben. Er befürchtet jedoch, dass die Rechtsprechung an den Ausnahmen auch im neuen Recht festhalten wird.

Am wenigsten problematisch ist die analoge Anwendbarkeit des § 438 BGB auf den Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB wegen einer mangelhaften Aufklärung des Verkäufers über Eigenschaften einer Kaufsache. Durch § 438 BGB soll vermieden werden, dass der Verkäufer unangemessen lange damit rechnen muss, der Sachmängelhaftung ausgesetzt zu sein. Dies passt auch, wenn er in den genannten Fällen aus c.i.c haftet. Daher hat die Rechtsprechung zum alten Recht § 477 Abs. 1 BGB a.F. bei der c.i.c. immer dann angewendet, wenn sie auf Sachmängeln beruht, vorausgesetzt natürlich, dass die c.i.c. überhaupt Anwendung findet (siehe oben: nur bei Arglist!). Dies gilt auch für §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB.

Äußerst umstritten dürfte auch die von der Rechtsprechung zum früheren Recht abgelehnte analoge Anwendung der §§ 121 und 124 BGB im Rahmen der Verjährung bei der c.i.c. bleiben (BGHZ 42, 37, 42). So macht Kramer (in:

Münchener Kommentar zum BGB, § 123 Rdnr. 35a) geltend, dass bei fahrlässiger und vorsätzlicher Irreführung eine Ungereimtheit zwischen den Anfechtungsfristen und der dreijährigen Verjährungsfrist für die Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB bestünde, sodass bei fahrlässiger Irreführung § 121 BGB analog bei der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB angewendet werden müsse, bei der vorsätzlichen Irreführung eben § 124 BGB analog (kritisch Emmerich in: Münchener Kommentar zum BGB, § 311, Rdnrn. 117 bis 120).

---

### *VIII. Vom Gläubiger und vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit*

Die beiderseits also vom Gläubiger und vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit hat im alten Recht der Rechtsprechung und der Literatur immer wieder Kopfzerbrechen bereitet (dazu instruktiv Faust, Von beiden Teilen zu vertretende Unmöglichkeit, JuS 2001, 133 und umfassend Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Bd. II, Handbuch des Schuldrechts, 1999, § 57). Im Recht der Leistungsstörungen nach der Schuldrechtsmodernisierung haben sich die früher problematischen Fragen nicht mit einem Schlag erledigt. Der Gesetzgeber hat die Lösung der mit der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit auftretenden Probleme Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen. Es fehlt noch an allgemein akzeptierten Lösungsvorschlägen. Ich habe in einem Beitrag zur Festschrift für Eike Schmidt im Jahre 2005 zu zeigen versucht, dass es eine Lösung aus dem Zusammenspiel und der konsequenten Anwendung der unterschiedlichen Haftungsregelungen des neuen Leistungsstörungsrechts gibt. Auf dieser Darstellung aufbauend schließen wir das vertragliche Haftungsrecht ab und nutzen die Chance, die Entwicklungen zu wiederholen und anzuwenden.

#### **1. Eckpunkte eines nicht gesetzgebundenen Regelungsmodells**

Doch nehmen wir einmal an, es gäbe keine Regeln und wir wären dazu aufgerufen, Regeln für die Bewältigung der Folgen der vom Gläubiger und vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit erst noch zu entwickeln, dann würden wir uns wahrscheinlich schnell über einige Eckpunkte einigen können:

1. Die Regeln müssen für jede Art der Verteilung der Vertretensanteile zu akzeptablen Ergebnissen führen.

2. Die Regeln müssen unabhängig davon passen, ob im konkreten Geschäft Leistung und Gegenleistung sich im Wert entsprechen oder ob die eine oder die andere Seite ein für sich günstiges Geschäft abgeschlossen hat.
3. Im Ergebnis müssen die Regeln dazu führen, dass niemand aus seinem Vertretensbeitrag Vorteile zieht und alle Beteiligten aus ihren Vertretensanteilen Nachteile haben, die den Vertretensanteilen proportional sind.

Die Ergebnisse gestalten sich alsdann wie folgt:

4. Bei einem Kaufvertrag über ein Auto im Wert von €1.000 zum Preise von €1.000 und gleichwertigem Beitrag zum Unmöglichkeitereignis vor der Erfüllung der beiderseitigen Leistungsverpflichtungen muss der Verkäufer gegen den Käufer einen Anspruch auf €500 haben, während der Käufer leer ausgeht, es sei denn, er könne einen über die Nulldifferenz hinaus gehenden Schaden (etwa in Form des entgangenen Veräußerungsgewinns) geltend machen. Sollte ein Veräußerungsgewinn entgangen sein, so kann der Käufer die Hälfte davon beim Verkäufer liquidieren und gegen den Anspruch des Verkäufers absetzen.
5. Bei einem Kaufvertrag über ein Auto im Wert von €1.000 zum Preise von €1.200 und gleichwertigem Beitrag zum Unmöglichkeitereignis vor der Erfüllung der beiderseitigen Leistungsverpflichtungen muss der Verkäufer gegen den Käufer einen Anspruch auf €600 haben, während der Käufer leer ausgeht, es sei denn, er könne einen über die fehlende Differenz zu seinen Gunsten hinaus gehenden Schaden (etwa in Form des entgangenen Veräußerungsgewinns) geltend machen. Sollte ein Veräußerungsgewinn (etwa bei einem Weiterverkauf zum Preise von €1.400) entgangen sein, so kann der Käufer die Hälfte davon (€100) beim Verkäufer liquidieren und gegen den Anspruch des Verkäufers auf Zahlung von €600 absetzen.
6. Bei einem Kaufvertrag über ein Auto im Wert von €1.000 zum Preise von €800 und gleichwertigem Beitrag zum Unmöglichkeitereignis vor der Erfüllung der beiderseitigen Leistungsverpflichtungen muss der Verkäufer gegen den Käufer einen Anspruch auf €400 haben, während der Käufer ohne Berücksichtigung eines entgangenen Veräußerungsgewinns einen Differenzschaden von €200 hat, den er zur Hälfte beim Verkäufer liquidieren und vom Anspruch des Verkäufers absetzen kann.

Die Ansprüche des Verkäufers gegen den Käufer müssen auch dann Bestand haben, wenn der Käufer zurücktritt. Es darf auch keine Rolle spielen, ob der Käufer seine Leistung schon erbracht hat und/oder schon den Besitz am gekauften Fahrzeug erlangt hat. Hat er seine Leistung erbracht, so erhöht sich sein Schaden

um die Leistung. Die Hälfte seines Schadens kann er gegen den Verkäufer geltend machen. Die andere Hälfte muss er dem Verkäufer belassen.

Es erfordert nicht allzu viel Phantasie und auch kein übermäßiges Kombinationsgeschick, sich die Ergebnisse mit den unterschiedlichsten Vertretensanteilen auszumalen.

Eckpunkte und Ergebnisse sind von solcher Plausibilität und wertungsmäßiger Evidenz, dass sie sich in jedem praktischen Diskurs verständiger Schuldrechtslehrer durchsetzen müssten. Man streitet ja auch gar nicht über die Eckpunkte und Ergebnisse. Man streitet über die Regeln, deren Anwendung diese Ergebnisse ergeben.

## **2. Modelle gesetzesegebundener Umsetzung der Eckpunkte und Ergebnisse**

Für Ulrich Huber ist es der nach der Differenztheorie berechnete und um den Mitverschuldensanteil nach § 254 BGB direkt gekürzte Schadensersatzanspruch des Käufers kombiniert mit dem nach § 254 BGB analog gekürzten Gegenleistungsanspruch des Verkäufers und die Beschränkung der Rücktrittswirkungen eines Käuferrücktritts auf den Verschuldensanteil des Verkäufers. Für Faust ist es die Aufspaltung des Vertrages in zwei Verträge nach Maßgabe der Vertretensanteile und die Abwicklung der Teilverträge nach den Regeln der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit einerseits und der vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit andererseits. Für Jörg Martin Schultze (Die Problematik beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, JA 1987, 177) ist es der Ausschluss des Rücktritts, die Annahme des Anspruchs des Verkäufers auf die Gegenleistung und die Berechnung des Schadensersatzanspruchs des Käufers nicht nach der Differenztheorie, sondern nach der Surrogations- oder Austauschtheorie.

Im ersten unserer Fälle kommen die drei Auffassungen tatsächlich zu denselben Ergebnissen.

Für Huber gibt es mangels Wertdifferenz von Leistung und Gegenleistung keinen Schadensersatzanspruch des Käufers, wohl aber einen analog § 254 BGB um die Hälfte gekürzten Gegenleistungsanspruch des Verkäufers in Höhe von €500. Sollte K seinerseits bereits geleistet haben, bekommt er entweder einen Schadensersatzanspruch auf die Hälfte des Geleisteten oder einen entsprechenden Rückgewähranspruch aus Rücktritt, der ebenfalls auf die Hälfte des Geleisteten beschränkt ist.

Für Faust haben wir es in der Abwicklung mit zwei Verträgen zu tun. Beide haben eine Gegenleistung von €500. In dem Vertrag mit der vom Schuldner (Verkäufer) zu vertretenden Unmöglichkeit hat der Käufer einen Schadensersatzanspruch, aber mangels Differenz keinen Schaden, wenn er noch nicht geleistet hatte. Hatte er geleistet, so hat er nun einen im Teilvertrag ungekürzten Schadensersatzanspruch oder nach Rücktritt einen Rückgewähranspruch auf €500. In dem Vertrag mit der vom Gläubiger (Käufer) zu vertretenden Unmöglichkeit hat der Käufer keinen Schadensersatzanspruch und der Verkäufer einen ungekürzten Anspruch auf die Gegenleistung von €500. Ein Rücktritt des Käufers ist ausgeschlossen.

Für Schultze gibt es den Anspruch des Verkäufers auf die Gegenleistung. Ein Rücktritt ist ausgeschlossen. Es bleibt ein Schadensersatzanspruch des Käufers berechnet nach der Surrogationstheorie. Danach kann der Käufer die erbrachte Gegenleistung nicht zurückfordern, er muss die nicht erbrachte Gegenleistung erbringen und bekommt einen Schadensersatzanspruch über die Hälfte des Wertes der Hauptleistung. Das sind €500. Nach allen drei Modellen wird im Ergebnis der Käufer mit €500 belastet. Denn er bekommt kein Fahrzeug und muss dem Verkäufer €500 zahlen oder belassen.

Wenn es in allen Konstellationen bei der Gleichartigkeit der Ergebnisse bliebe, reduzierte sich die Frage nach dem zutreffenden Regelsystem darauf, welches der Regelsysteme gesetzeskonform und methodengerecht begründet werden kann. Offenbar ist keines durch die gesetzlichen Regeln geboten. Alle beruhen auf Rechtsfortbildungen. Huber muss zur Analogie greifen, Schultze schließt gesetzliche Regeln von der Anwendung aus. Und Faust präsentiert ein Modell der Vertragsspaltung, für das es keine Grundlage im Gesetz gibt.

Es bleibt indessen nicht in allen Konstellationen bei der Gleichartigkeit der Ergebnisse. Das lässt sich am Beispiel des für den Verkäufer günstigen Geschäfts zeigen. In ihm hat der Verkäufer ein Fahrzeug, das objektiv €1.000 wert ist, für €1.200 verkauft.

Für Huber gibt es mangels Wertdifferenz von Leistung und Gegenleistung zugunsten des Käufers keinen Schadensersatzanspruch des Käufers, wohl aber einen analog § 254 BGB um die Hälfte gekürzten Gegenleistungsanspruch des Verkäufers in Höhe von €600. Sollte K seinerseits geleistet haben, bekommt er entweder einen Schadensersatzanspruch auf die Hälfte des Geleisteten oder einen entsprechenden Rückgewähranspruch aus Rücktritt, der ebenfalls auf die Hälfte des Geleisteten beschränkt ist. Dem Verkäufer bleiben nach Huber €600.

Für Faust haben wir es in der Abwicklung mit zwei Verträgen zu tun. Beide haben eine Gegenleistung von €600 für eine fiktive Sachleistung im Werte von €500. In dem Vertrag mit der vom Schuldner (Verkäufer) zu vertretenden Unmöglichkeit hat der Käufer dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch, aber mangels Differenz zu seinen Gunsten keinen Schaden, wenn er noch nicht geleistet hatte. Hatte er geleistet, so hat er nun einen im Teilvertrag ungekürzten Schadensersatzanspruch auf €500 oder nach Rücktritt einen Rückgewähranspruch auf €600. In dem Vertrag mit der vom Gläubiger (Käufer) zu vertretenden Unmöglichkeit hat der Käufer keinen Schadensersatzanspruch und der Verkäufer einen ungekürzten Anspruch auf die Gegenleistung von €600. Ein Rücktritt des Käufers ist ausgeschlossen. Im Ergebnis bleiben dem Verkäufer nach Faust ebenfalls €600, wenn der Käufer noch nicht geleistet hatte oder zurücktritt. Hatte der Käufer dagegen geleistet und tritt er nicht zurück, so macht er Schadensersatz nach der Surrogationstheorie geltend und belässt dem Verkäufer €700 (€100 aus dem ersten Vertrag und €600 aus dem zweiten Vertrag).

Für Schultze gibt es den Anspruch des Verkäufers auf die Gegenleistung von €1.200. Ein Rücktritt ist ausgeschlossen. Es bleibt ein Schadensersatzanspruch des Käufers berechnet nach der Surrogations- oder Austauschtheorie. Danach kann der Käufer die erbrachte Gegenleistung von 1.200 nicht zurückfordern, er muss die nicht erbrachte Gegenleistung erbringen und bekommt einen Schadensersatzanspruch über die Hälfte des Wertes der Hauptleistung. Das sind €500, was im Ergebnis den Käufer mit €700 belastet.

Nach den Modellen von Huber und teilweise auch von Faust wird im Ergebnis der Käufer mit €600 belastet. Denn er bekommt kein Fahrzeug und muss €600 zahlen. Nach dem Modell von Schultze und bei einer Abwandlung auch nach dem Modell von Faust wird der Käufer im Ergebnis mit €700 belastet. Dabei streicht der Verkäufer die Gewinndifferenz des für ihn günstigen Geschäfts ohne jede Kürzung ein. Da es dafür keinen vernünftigen Grund gibt, ist das Regelsystem, das zwingend zu diesem Ergebnis führt, zu verwerfen. Es bleiben die Modelle von Huber und Faust.

Der Leser wird registriert haben, dass die bisherigen Entwicklungen ohne Nennung von Paragraphen ausgekommen sind. Das ist, wenn es um die Verträglichkeit von Regelungsmodellen mit den gesetzlichen Vorgaben geht, kein guter Stil und hier allein der Tatsache geschuldet, dass das Leistungsstörungenrecht einen Umbruch erfahren hat und die diskutierten Modelle vor dem Hintergrund des alten Leistungsstörungenrechts entwickelt worden sind. Dort reduzierte sich die Entscheidung in der Tat auf die Modelle von Huber und Faust. Das mag aber mit dem neuen Leistungsstörungenrecht anders geworden sein.



### **3. Problementwicklung auf der Grundlage der gesetzlich vorgegebenen Möglichkeiten im neuen Schuldrecht ohne Vertragsaufspaltung**

Im Folgenden versuche ich, alle Rechtsfolgen der vom Gläubiger und Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit durch Zerstörung des Vertragsgegenstandes eines Kaufvertrages auszuloten, um zu prüfen, ob das jetzt geltende Recht Regeln zur Verfügung stellt, die die Probleme der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit angemessen bewältigen, d.h. am Ende zu den Ergebnissen führen, die anfangs als Resultat eines nicht durch gesetzliche Anordnungen gestörten Diskurses dargelegt worden sind.

#### *a. Vom Vertretenmüssen unabhängige Rechtsfolgen*

Eindeutig und unzweifelhaft ist mit der Zerstörung des Vertragsgegenstandes der Wegfall der Leistungspflicht des Verkäufers nach § 275 Abs. 1 BGB verbunden. Denn diese Rechtsfolge ist unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung (Unmöglichkeit).

Ebenso unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung ist das Rücktrittsrecht des Käufers (§ 326 Abs. 5 BGB). Hier ist allerdings zu beachten, dass das Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen ist, wenn der Käufer für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder wenn der vom Schuldner (Verkäufer) nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger (Käufer) im Verzug der Annahme ist. Bei nur hälftigem Anteil an der Ursache für die Unmöglichkeit kann der Gläubiger also zurücktreten und die Rücktrittsfolgen auslösen. Die weit überwiegende Verantwortung des Gläubigers hält der Gesetzgeber für gegeben, wenn eine Abwägung der beiderseitigen Beiträge zur Unmöglichkeit ergibt, dass der Beitrag des Schuldners vollständig hinter den Beitrag des Gläubigers zurücktritt. Trotz dem missverständlichen Wortlaut hat der Gesetzgeber damit nicht einen Fall der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit geregelt und regeln wollen, sondern nur Fälle der vom Gläubiger (im Ergebnis allein) zu vertretenden Unmöglichkeit (BT-Drs. 14/6040, S. 187).

#### *i. Rechtsfolgen des Rücktritts*

Rücktrittsfolge ist, dass der Käufer selbst von seiner Leistungsverpflichtung frei wird, wenn er noch nicht geleistet hatte, oder dass er die von ihm erbrachte Leistung zurückfordern kann (§ 346 Abs. 1 BGB). Da der Rücktritt und seine Folgen unabhängig vom Vertretenmüssen des Rücktrittsgrundes ausgestaltet sind,

bietet das neue Recht im ersten Zugriff keinen Ansatz zu einer Korrektur der Rücktrittsfolgen nach Maßgabe des Vertretensanteils, wie sie von Ulrich Huber für das alte Recht vorgeschlagen wurde. Darüber wird man erst nachdenken können und müssen, wenn zuvor alle mit dem neuen Rücktrittsrecht verbundenen Folgen ausgelotet worden sind und sich diese Folgen als konträr zu den zuvor entwickelten Eckpunkten und Ergebnissen erweisen sollten.

Es stellt sich die weitere Frage, was mit der untergegangenen Leistung wird. War auch diese Leistung noch nicht erbracht worden (die Sache befand sich also noch beim Verkäufer), bleibt es bei den geschilderten Rechtsfolgen. Es kann nunmehr nur noch zu einem Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegen den Käufer nach § 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB kommen. Trat der Untergang dagegen beim Käufer vor der Erfüllungswirkung ein (möglich bei Lieferung unter Eigentumsvorbehalt), dann fragt es sich, wie sich die Unmöglichkeit der Rückgabeverpflichtung auf die Rücktrittsfolgen auswirkt. Für das Rücktrittsrecht als solches spielt sie keine Rolle. Der Rücktritt bleibt möglich. Fraglich sind allein die Rücktrittsfolgen. Es kommen eine Verpflichtung zum Wertersatz und eine Verpflichtung zum Schadensersatz in Betracht.

Die Verpflichtung zum Wertersatz bestimmt sich nach § 346 Abs. 2 und 3 BGB. Nach § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB ist der Wertersatz ausgeschlossen, soweit der Gläubiger des Rückgewähranspruchs (hier der Verkäufer) die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Das Wort „soweit“ (im Gegensatz zu den in den Nrn. 1 und 3 verwendeten „wenn“) eröffnet eine elegante Möglichkeit, den Anteil des Verkäufers am Untergang der Sache zu berücksichtigen (Faust in: jurisPK Zivilrecht, § 346 Rdnr. 60 mit weiteren Nachweisen; diese Möglichkeit hatte ich in meinem Beitrag zur Festschrift für Eike Schmidt noch nicht in Erwägung gezogen und dort eine kompliziertere Lösung entwickelt). Der Wertersatzanspruch mindert sich um 50% auf €500.

Nach § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB ist der Wertersatz ausgeschlossen, wenn der Rückgewährschuldner die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, beobachtet hat. Unterstellen wir einmal diese Möglichkeit, so bliebe nur noch ein Schadensersatzanspruch.

Für den Schadensersatzanspruch gelten die allgemeinen Regeln. Das bedeutet, dass der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist, wenn den Rückgewährschuldner, den Käufer, kein Verschulden am Untergang der zurück zu gewährenden Sache trifft (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Da der Rückgewährschuldner die die Rücktrittsmöglichkeit erst auslösende Unmöglichkeit zu vertreten hatte, sollte man konsequenterweise auch ein Vertretenmüssen der Unmöglichkeit der Rückgewähr

annehmen. Mindestens ist eine Schutzpflicht gegenüber den Eigentums- und Vermögensinteressen des Verkäufers (§ 241 Abs. 2 BGB) verletzt. Das bedeutet, dass der Rückgewährschuldner, der Käufer, nach § 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz leisten muss. Allerdings mindert sich seine Ersatzverpflichtung um den Mitverschuldensanteil der anderen Seite. Er muss lediglich die Hälfte des Schadens ersetzen.

Im konkreten Fall bedeutet das, dass der Käufer nach dem Rücktritt den Kaufpreis nicht leisten muss und für den Fall, dass der Kaufgegenstand bei ihm untergegangen ist, die Hälfte des Wertes als Wertersatz oder als Schadensersatz leisten muss. Der Käufer ist im Ergebnis mit €500 belastet.

#### *ii. Rechtsfolgen der Abstandnahme*

Vom Vertretenmüssen unabhängig ist auch die Abstandnahmemöglichkeit in § 326 Abs. 1 BGB. Sie bedeutet ein Freiwerden von der noch nicht erbrachten Gegenleistung bzw. eine Rückforderungsmöglichkeit der erbrachten Gegenleistung nach den Vorschriften des Rücktrittsrechts (§ 326 Abs. 4 BGB). Die Konsequenzen sind soeben entwickelt worden. Ausgeschlossen sind die bezeichneten Folgen nur, wenn der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung die Unmöglichkeit weit überwiegend oder allein zu vertreten hat (§ 326 Abs. 2 BGB). Das deckt sich in der Wertung mit dem, was wir für das Rücktrittsrecht kennen gelernt haben. Für eine Korrektur dieses Ergebnisses durch eine analoge Anwendung des § 254 BGB auf den Gegenleistungsanspruch besteht vor der Ausschöpfung der gesetzlich eröffneten Möglichkeiten kein Raum.

#### *b. Vom Vertretenmüssen abhängige Rechtsfolgen*

Abhängig vom Vertretenmüssen ist die Schadensersatzverpflichtung des Schuldners (Verkäufers) aus § 280 BGB, § 283 BGB. Dem Gläubiger (Käufer) steht dem Grunde nach ein Ersatzanspruch nach § 280 BGB, § 283 BGB zu, der gemäß § 254 BGB um seine Mitverschuldensquote gemindert wird. Einen Schaden hat der Käufer aber nach der Differenztheorie nur, wenn er die Gegenleistung schon erbracht hat und nicht zurückfordern kann. Da er aber auch die erbrachte Gegenleistung nach dem im vorigen Absatz Ausgeführten zurückverlangen kann, entfällt mit dem Schaden der Schadensersatzanspruch. Das wäre anders bei der Schadensberechnung nach der Surrogations- oder Austauschtheorie. Nach ihr tritt der Schadensersatzanspruch an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung. Wird der Schadensersatzanspruch (auch der gekürzte) geltend gemacht, dann bleibt die Verpflichtung zur Gegenleistung bestehen.

Im Ergebnis bedeutet das: Dem ungeminderten Gegenanspruch des Verkäufers (€1.000) steht ein nach der Surrogationstheorie berechneter, um die Mitverschuldensquote gemäß § 254 BGB gekürzter Schadensersatzanspruch des Käufers (€500) aus § 280 BGB, § 283 BGB gegenüber. Auch das führt zu einer Belastung des Käufers mit €500.

Wird der Schaden für den Schadensersatzanspruch des Käufers nicht nach der Surrogationstheorie, sondern nach der Differenztheorie berechnet, so ergibt sich Folgendes. Mangels Differenz bei Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung hat der Käufer keinen Schaden, und ein Schadensersatzanspruch scheidet aus. Der Schaden liegt beim Verkäufer, denn er hat sein Eigentum verloren. Das ist aber nicht das letzte Wort. Denn der Verkäufer hat seinerseits einen Schadensersatzanspruch entweder aus der Verletzung der Rückgewährspflicht oder aus der Verletzung seines Integritätsinteresses (§ 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB). Diesen Anspruch muss er sich allerdings um seinen eigenen Beitrag zur Verletzung kürzen lassen (§ 254 BGB). Danach bleibt auch hier eine Belastung des Käufers mit €500.

Die vorstehenden Erwägungen lassen den Eindruck entstehen, als seien die Probleme der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit nach neuem Schuldrecht bei konsequenter Anwendung der gesetzlichen Möglichkeiten gelöst.

#### **4. Variationen über die Ungleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung**

Überprüfen wir, ob das Ergebnis auch dann noch gilt, wenn Leistung und Gegenleistung nicht gleichwertig sind. Es mag der Fall sein, dass der Käufer ein Schnäppchen gemacht hat und für €800 eine Sache im Wert von €1.000 bekommen hätte. Es mag aber auch sein, dass der Käufer sich auf ein schlechtes Geschäft eingelassen hat und für €1.200 eine Sache im Wert von €1.000 bekommen hätte. Wenn wir auch in diesen Fällen zu angemessenen Lösungen kommen, kann das Modell, das zu keinerlei Korrekturen an den gesetzlichen Vorgaben zwingt, akzeptiert werden. Dabei brauchen wir die allgemeinen Rechtsfolgen des Rücktritts und der Abstandnahme nicht noch einmal im Einzelnen zu entwickeln. Wir konzentrieren uns auf die Bereiche, bei denen es Unterschiede geben kann. Und das sind die durch Schadensersatzansprüche dominierten Bereiche.

*a. Das gute Geschäft für den Käufer*

*i. Rechtsfolgen des Rücktritts*

Ein Wertersatzanspruch des Verkäufers aus § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB wäre nach § 346 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf €400 begrenzt.

Für den Schadensersatzanspruch des Verkäufers gelten die allgemeinen Regeln. Das bedeutet, dass nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist, wenn den Käufer kein Verschulden am Untergang der Sache trifft. Ihn trifft aber ein 50%iges Verschulden am Untergang der Sache. Das bedeutet, dass der Käufer Schadensersatz leisten muss. Allerdings mindert sich seine Ersatzverpflichtung um den Mitverschuldensanteil der anderen Seite. Er muss lediglich die Hälfte ersetzen.

Im konkreten Fall bedeutet das, dass der Käufer nach dem Rücktritt zwar den Kaufpreis nicht leisten muss, jedoch die Hälfte des Wertes der Kaufsache als Schadensersatz leisten muss. Die Kaufsache war objektiv €1.000 €wert. Das könnte zu einem Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegen den Käufer in Höhe von €500 führen. Man muss sich allerdings fragen, ob nicht bei der Schadensberechnung in Rechnung zu stellen ist, dass der Verkäufer die Kaufsache für €800 verkauft hatte. Da der Verkäufer schadensrechtlich so zu stellen ist, wie er stünde, wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre (§ 249 Abs. 1 BGB), sollte man zur Berechnung des Verlustes nicht den objektiven Wert zugrunde legen, sondern das, was der Verkäufer selbst dafür erhalten hätte: €800. Dann ergibt sich ein Schadensersatzanspruch des Verkäufers in Höhe von €400. Aber das ist noch nicht das letzte Wort. Auch der Käufer hat einen Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer aus § 280 BGB, § 283 BGB. Der kann wegen des Entfallens der Entgeltzahlungsverpflichtung des Käufers nur nach der Differenzmethode berechnet werden. Die Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung beträgt €200. Der Käufer hat einen Schadensersatzanspruch von €100. Verrechnet man beide Schadensersatzansprüche miteinander, so ist der Käufer im Ergebnis mit €300 belastet.

*ii. Rechtsfolgen ohne Rücktritt*

Ohne Rücktritt greift die vom Vertretenmüssen unabhängige Abstandnahmemöglichkeit in § 326 Abs. 1 BGB. Sie bedeutet ein Freiwerden von der noch nicht erbrachten Gegenleistung bzw. eine Rückforderungsmöglichkeit der erbrachten Gegenleistung nach den Vorschriften des Rücktrittsrechts (§ 326 Abs. 4 BGB).

Abhängig vom Vertretenmüssen ist die Schadensersatzverpflichtung des Schuldners (Verkäufers) aus § 280 BGB, § 283 BGB. Dem Gläubiger (Käufer) steht dem Grunde nach ein Ersatzanspruch nach § 280 BGB, § 283 BGB zu, der gemäß § 254 BGB um seine Mitverschuldensquote gemindert wird. Bei der Schadensberechnung nach der Surrogations- oder Austauschtheorie tritt der Schadensersatzanspruch an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung. Wird der Schadensersatzanspruch (auch der gekürzte) geltend gemacht, dann bleibt die Verpflichtung zur Gegenleistung bestehen.

Im Ergebnis bedeutet das: Dem ungeminderten Gegenanspruch des Verkäufers (€800) steht ein nach der Surrogationstheorie berechneter, um die Mitverschuldensquote gemäß § 254 BGB gekürzter Schadensersatzanspruch des Käufers (€500) aus § 280 BGB, § 283 BGB gegenüber. Auch das führt zu einer Belastung des Käufers mit €300.

Wird der Schaden für den Schadensersatzanspruch des Käufers nicht nach der Surrogationstheorie, sondern nach der Differenztheorie berechnet, so ergibt sich Folgendes. Die Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung beträgt €200. Der Käufer hat einen nach § 254 BGB gekürzten Schadensersatzanspruch in Höhe von €100. Auch der Verkäufer hat seinerseits einen Schadensersatzanspruch aus der Verletzung seines Integritätsinteresses und seines Interesses an der Durchführung des Vertrages (§ 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB) in Höhe von €800. Diesen Anspruch muss er sich allerdings um seinen eigenen Beitrag zur Verletzung kürzen lassen (§ 254 BGB). Der Anspruch geht auf €400. Danach bleibt auch hier nach Verrechnung der Schadensersatzansprüche eine Belastung des Käufers mit €300.

Drei unterschiedliche Ansätze, drei einheitliche Ergebnisse. Die Probleme der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit scheinen bei konsequenter Anwendung der gesetzlichen Möglichkeiten gelöst.

### *b. Das schlechte Geschäft für den Käufer*

#### *i. Rechtsfolgen des Rücktritts*

Für den Fall des dem Käufer ungünstigen Geschäfts bedeuten die gerade entwickelten Regeln:

Ein Wertersatzanspruch des Verkäufers aus § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB wäre nach § 346 Abs. 3 Nr. 2 BGB auf €400 begrenzt.

Der Käufer muss nach dem Rücktritt zwar den Kaufpreis nicht bezahlen, aber die Hälfte des Wertes des Kaufgegenstandes als Schadensersatz leisten. Die Kaufsache war objektiv €1.000 wert. Das könnte zu einem Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegen den Käufer in Höhe von €500 führen. Man muss sich allerdings fragen, ob nicht bei der Schadensberechnung in Rechnung zu stellen ist, dass der Verkäufer die Kaufsache für 1.200 € verkauft hatte. Da der Verkäufer schadensrechtlich so zu stellen ist, wie er stünde, wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre (§ 249 Abs. 1 BGB), sollte man zur Berechnung des Verlustes nicht den objektiven Wert zugrunde legen, sondern das, was der Verkäufer selbst dafür erhalten hätte: €1.200. Dann ergibt sich ein Schadensersatzanspruch des Verkäufers in Höhe von €600. Das ist auch das letzte Wort. Zwar hat der Käufer dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer aus § 280 BGB, § 283 BGB. Der kann wegen des Entfallens der Entgeltzahlungsverpflichtung des Käufers nur nach der Differenzmethode berechnet werden. Es gibt aber keine Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung zugunsten des Käufers. Der Käufer bleibt im Ergebnis mit €600 belastet.

*ii. Rechtsfolgen ohne Rücktritt*

Ohne Rücktritt greift der vom Vertretenmüssen unabhängige § 326 Abs. 1 BGB. Das bedeutet ein Freiwerden von der noch nicht erbrachten Gegenleistung bzw. eine Rückforderungsmöglichkeit der erbrachten Gegenleistung nach den Vorschriften des Rücktrittsrechts (§ 326 Abs. 4 BGB).

Abhängig vom Vertretenmüssen ist die Schadensersatzverpflichtung des Schuldners (Verkäufers) der unmöglich gewordenen Leistung aus § 280 BGB, § 283 BGB. Bei einer Berechnung nach der Surrogations- oder Austauschtheorie tritt der Schadensersatzanspruch an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung. Wird der Schadensersatzanspruch (auch der gekürzte) geltend gemacht, dann bleibt die Verpflichtung zur Gegenleistung bestehen.

Im Ergebnis bedeutet das: Dem ungeminderten Gegenanspruch des Verkäufers (€1.200) steht ein nach der Surrogationstheorie berechneter, um die Mitverschuldensquote gemäß § 254 BGB gekürzter Schadensersatzanspruch des Käufers (€500) aus § 280 BGB, § 283 BGB gegenüber. Das führt zu einer Belastung des Käufers mit €700. Der Verkäufer erhält den Gewinn aus dem Geschäft ohne jede Kürzung!

Wird der Schaden für den Schadensersatzanspruch des Käufers nicht nach der Surrogationstheorie, sondern nach der Differenztheorie berechnet, so ergibt sich

Folgendes. Mangels Differenz zugunsten des Käufers hat der Käufer keinen Schaden, und ein Schadensersatzanspruch scheidet aus. Der Schaden liegt beim Verkäufer, denn er hat sein Eigentum und den Anspruch auf die Gegenleistung verloren. Das ist aber nicht das letzte Wort. Denn er hat seinerseits einen Schadensersatzanspruch aus der Verletzung seines Integritätsinteresses und seines Interesses an der Durchführung des Vertrages (§ 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB). Der Schaden beträgt trotz dem objektiven Wert der Kaufsache von nur €1.000 wegen des günstigen Verkaufs €1.200. Diesen Anspruch muss der Verkäufer sich allerdings um seinen eigenen Beitrag zur Verletzung kürzen lassen (§ 254 BGB). Danach bleibt eine Belastung des Käufers mit 600 €

Wir stehen vor unterschiedlichen Ergebnissen und müssen feststellen: Die Probleme der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit sind bei konsequenter Anwendung der gesetzlichen Möglichkeiten keineswegs gelöst. Allerdings dürfen wir auch schon auf die Wurzel des Übels deuten. Sie liegt in der Anwendung der Surrogations- und Austauschtheorie auf den Schadensersatzanspruch des Gläubigers (Käufers).

## **5. Die Abwicklung nach dem Modell der Vertragsspaltung**

Das wirft die Frage nach einem weiteren Abwicklungsmodell auf. Ein solches hat Faust für das alte Recht entwickelt. Es erweist sich, wenn die nicht untergegangene Leistung eine teilbare Leistung ist, im ersten Zugriff auch als für das neue Recht tragfähig.

Die Grundidee dieses Modells ist die der Vertragsspaltung. Man teilt den Vertrag entsprechend den Vertretensbeiträgen in zwei Verträge und wickelt den einen konsequent nach den Regeln ab, die für die vom Gläubiger allein zu vertretende Unmöglichkeit gelten, und den anderen konsequent nach den Regeln, die für die vom Schuldner allein zu vertretende Unmöglichkeit gelten.

### *a. Demonstration im Fall 1 (Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung)*

Nach der Vertragsspaltung gibt es zwei Verträge, in denen sich Leistung und Gegenleistung im Wert von je 500 € gegenüberstehen. Der erste Vertrag wird nach den Regeln der vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit, der zweite nach den Regeln der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit abgewickelt.



*i. Vertrag 1 (vom Käufer zu vertretende Unmöglichkeit)*

Eindeutig und unzweifelhaft ist mit der Zerstörung des Vertragsgegenstandes der Wegfall der Leistungspflicht des Verkäufers nach § 275 Abs. 1 BGB verbunden. Denn diese Rechtsfolge ist unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung (Unmöglichkeit).

Ebenso unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung ist das Rücktrittsrecht des Käufers (§ 326 Abs. 5 BGB). Hier ist allerdings zu beachten, dass das Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen ist, weil der Käufer für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein verantwortlich ist.

Nach § 326 Abs. 2 BGB BGB bleibt in diesem Vertrag auch die Gegenleistungsverpflichtung des Käufers bestehen. Der Käufer muss also €500 zahlen.

Für einen Schadensersatzanspruch des Käufers (Gläubigers der untergegangenen Leistung) aus § 280 BGB, § 283 BGB ist in diesem Vertrag kein Raum, weil der Schuldner und Verkäufer die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat.

*ii. Vertrag 2 (vom Verkäufer zu vertretende Unmöglichkeit)*

Eindeutig und unzweifelhaft ist mit der Zerstörung des Vertragsgegenstandes der Wegfall der Leistungspflicht des Verkäufers nach § 275 Abs. 1 BGB verbunden. Denn diese Rechtsfolge ist unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung (Unmöglichkeit).

Ebenso unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung ist das Rücktrittsrecht des Käufers (§ 326 Abs. 5 BGB). Das Rücktrittsrecht ist nicht nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen, weil in diesem Vertrag der Käufer für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, nicht verantwortlich ist.

Rücktrittsfolge ist, dass der Käufer selbst von seiner Leistungsverpflichtung frei wird, wenn er noch nicht geleistet hatte, oder dass er die von ihm erbrachte Leistung zurückfordern kann. In beiden Fällen stellt sich die Frage, was mit der untergegangenen Leistung wird. War auch diese Leistung noch nicht erbracht worden (die Sache befand sich also noch beim Verkäufer), bleibt es bei den geschilderten Rechtsfolgen. Es kann nunmehr nur noch zu einem Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegen den Käufer nach § 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB kommen. Trat der Untergang dagegen

beim Käufer vor der Erfüllungswirkung ein (möglich bei Lieferung unter Eigentumsvorbehalt), dann fragt es sich, wie sich die Unmöglichkeit der Rückgabeverpflichtung auf die Rücktrittsfolgen auswirkt. Für das Rücktrittsrecht als solches spielt sie keine Rolle. Der Rücktritt bleibt möglich. Fraglich sind allein die Rücktrittsfolgen. Es kommen eine Verpflichtung zum Wertersatz und eine Verpflichtung zum Schadensersatz in Betracht.

Die Verpflichtung zum Wertersatz bestimmt sich nach § 346 Abs. 2 und 3 BGB. Der Wertersatz ist nach Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ausgeschlossen, weil der Gläubiger des Rückgewähranspruchs (hier der Verkäufer) die Unmöglichkeit in diesem Vertrag zu vertreten hat. Er ist auch nach § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB ausgeschlossen, weil der Rückgewährschuldner, der Käufer, die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, beobachtet hat.

Für den Schadensersatzanspruch gelten die allgemeinen Regeln. Das bedeutet, dass der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist, wenn den Käufer kein Verschulden am Untergang der Sache trifft (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das ist hier der Fall. Der Verkäufer hat auch keinen Schadensersatzanspruch.

Im konkreten Fall bedeutet das, dass der Käufer nach dem Rücktritt den Kaufpreis nicht leisten muss und weder Wertersatz noch Schadensersatz zu erbringen hat.

Vom Vertretenmüssen unabhängig ist auch die Abstandnahmemöglichkeit in § 326 Abs. 1 BGB. Sie bedeutet ein Freiwerden von der noch nicht erbrachten Gegenleistung bzw. eine Rückforderungsmöglichkeit der erbrachten Gegenleistung nach den Vorschriften des Rücktrittsrechts (§ 326 Abs. 4 BGB). Die Konsequenzen sind soeben entwickelt worden.

Abhängig vom Vertretenmüssen ist die Schadensersatzverpflichtung des Schuldners (Verkäufers) aus § 280 BGB, § 283 BGB. Dem Gläubiger steht ein Ersatzanspruch nach § 280 BGB, § 283 BGB zu. Allerdings muss noch über das Schicksal der Gegenleistung entschieden werden. Einen Weg dazu weist die Surrogationsmethode zur Berechnung des Schadens. Nach ihr tritt der Schadensersatzanspruch an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung. Wird der Schadensersatzanspruch geltend gemacht, dann bleibt die Verpflichtung zur Gegenleistung bestehen.

Im Ergebnis bedeutet das für diesen aus der Aufspaltung resultierenden Vertrag: Dem Gegenanspruch des Verkäufers (500 €) steht ein nach der Surrogationsmethode berechneter Schadensersatzanspruch des Käufers (500 €) aus

§ 280 BGB, § 283 BGB gegenüber. Nach Verrechnung (Aufrechnung) muss keine Seite etwas zahlen.

Wird der Schaden für den Schadensersatzanspruch des Käufers nicht nach der Surrogationsmethode, sondern nach der Differenzmethode berechnet, so ergibt dasselbe Ergebnis: Mangels Differenz bei Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung hat der Käufer keinen Schaden, und ein Schadensersatzanspruch scheidet aus.

Das Gesamtergebnis folgt aus einer Zusammenfassung der beiden durch Aufspaltung gebildeten Verträge.

K schuldet dem V noch €500, wenn er noch nicht geleistet hat. Sollte er geleistet haben, muss er dem V €500 belassen.

*b. Demonstration im Fall 2 (vorteilhaftes Geschäft für den Käufer)*

Nach der Vertragsspaltung gibt es zwei Verträge, in denen sich jeweils eine Leistung im Wert von €500 und eine Gegenleistung im Wert von €400 gegenüberstehen. Der erste Vertrag wird nach den Regeln der vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit, der zweite nach den Regeln der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit abgewickelt.

*i. Vertrag 1 (vom Käufer zu vertretende Unmöglichkeit)*

Eindeutig und unzweifelhaft ist mit der Zerstörung des Vertragsgegenstandes der Wegfall der Leistungspflicht des Verkäufers nach § 275 Abs. 1 BGB verbunden. Denn diese Rechtsfolge ist unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung (Unmöglichkeit).

Ebenso unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung ist das Rücktrittsrecht des Käufers (§ 326 Abs. 5 BGB). Hier ist allerdings zu beachten, dass das Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen ist, weil der Käufer für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein verantwortlich ist.

Nach § 326 Abs. 2 BGB bleibt in diesem Vertrag auch die Gegenleistungsverpflichtung des Käufers bestehen. Der Käufer muss also 400 € zahlen.

Für einen Schadensersatzanspruch des Käufers (Gläubigers der untergegangenen Leistung) aus § 280 BGB, § 283 BGB ist in diesem Vertrag kein Raum, weil der Schuldner und Verkäufer die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat.

*ii. Vertrag 2 (vom Verkäufer zu vertretende Unmöglichkeit)*

Eindeutig und unzweifelhaft ist mit der Zerstörung des Vertragsgegenstandes der Wegfall der Leistungspflicht des Verkäufers nach § 275 Abs. 1 BGB verbunden. Denn diese Rechtsfolge ist unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung (Unmöglichkeit).

Ebenso unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung ist das Rücktrittsrecht des Käufers (§ 326 Abs. 5 BGB). Das Rücktrittsrecht ist nicht nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen ist, weil in diesem Vertrag der Käufer für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, nicht verantwortlich ist.

Rücktrittsfolge ist, dass der Käufer selbst von seiner Leistungsverpflichtung frei wird, wenn er noch nicht geleistet hatte, oder dass er die von ihm erbrachte Leistung zurückfordern kann. In beiden Fällen stellt sich die Frage, was mit der untergegangenen Leistung wird. War auch diese Leistung noch nicht erbracht worden (die Sache befand sich also noch beim Verkäufer), bleibt es bei den geschilderten Rechtsfolgen. Es kann nunmehr nur noch zu einem Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegen den Käufer nach § 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB kommen. Trat der Untergang dagegen beim Käufer vor der Erfüllungswirkung ein (möglich bei Lieferung unter Eigentumsvorbehalt), dann fragt es sich, wie sich die Unmöglichkeit der Rückgabeverpflichtung auf die Rücktrittsfolgen auswirkt. Für das Rücktrittsrecht als solches spielt sie keine Rolle. Der Rücktritt bleibt möglich. Fraglich sind allein die Rücktrittsfolgen. Es kommen eine Verpflichtung zum Wertersatz und eine Verpflichtung zum Schadensersatz in Betracht.

Die Verpflichtung zum Wertersatz bestimmt sich nach § 346 Abs. 2 und 3 BGB. Der Wertersatz ist nach Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ausgeschlossen, weil der Gläubiger des Rückgewähranspruchs (hier der Verkäufer) die Unmöglichkeit in diesem Vertrag zu vertreten hat. Er ist auch nach § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB ausgeschlossen, weil der Rückgewährschuldner, der Käufer, die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, beobachtet hat.

Für den Schadensersatzanspruch gelten die allgemeinen Regeln. Das bedeutet, dass der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist, wenn den Käufer kein Verschulden

am Untergang der Sache trifft (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das ist hier der Fall. Der Verkäufer hat auch keinen Schadensersatzanspruch.

Im konkreten Fall bedeutet das, dass der Käufer nach dem Rücktritt den Kaufpreis nicht leisten muss und weder Wertersatz noch Schadensersatz zu erbringen hat.

Vom Vertretenmüssen unabhängig ist auch die Abstandnahmemöglichkeit in § 326 Abs. 1 BGB. Sie bedeutet ein Freiwerden von der noch nicht erbrachten Gegenleistung bzw. eine Rückforderungsmöglichkeit der erbrachten Gegenleistung nach den Vorschriften des Rücktrittsrechts (§ 326 Abs. 4 BGB). Die Konsequenzen sind soeben entwickelt worden.

Abhängig vom Vertretenmüssen ist die Schadensersatzverpflichtung des Schuldners (Verkäufers) aus § 280 BGB, § 283 BGB. Dem Gläubiger steht ein Ersatzanspruch nach § 280 BGB, § 283 BGB zu. Allerdings muss noch über das Schicksal der Gegenleistung entschieden werden. Einen Weg dazu weist die Surrogationstheorie zur Berechnung des Schadens. Nach ihr tritt der Schadensersatzanspruch an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung. Wird der Schadensersatzanspruch geltend gemacht, dann bleibt die Verpflichtung zur Gegenleistung bestehen.

Im Ergebnis bedeutet das für diesen aus der Aufspaltung resultierenden Vertrag: Dem Gegenanspruch des Verkäufers (€400) steht ein nach der Surrogationstheorie berechneter Schadensersatzanspruch des Käufers (€500) aus § 280 BGB, § 283 BGB gegenüber. Nach Verrechnung (Aufrechnung) muss V noch €100 zahlen.

Wird der Schaden für den Schadensersatzanspruch des Käufers nicht nach der Surrogationstheorie, sondern nach der Differenztheorie berechnet, so ergibt dasselbe Ergebnis: Die Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung beträgt €100 zugunsten des Käufers. K hat einen Schadensersatzanspruch gegen V in Höhe von €100.

Das Gesamtergebnis folgt aus einer Zusammenfassung der beiden durch Aufspaltung gebildeten Verträge.

K schuldet dem V noch €300. Darin kommt die Vorteilhaftigkeit des Geschäfts für K angemessen zum Ausdruck.

*c. Demonstration im Fall 3 (vorteilhaftes Geschäft für den Verkäufer)*

Nach der Vertragsspaltung gibt es zwei Verträge, in denen sich je eine Leistung im Wert von €500 und eine Gegenleistung im Wert von €600 gegenüberstehen. Der erste Vertrag wird nach den Regeln der vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit, der zweite nach den Regeln der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit abgewickelt.

*i. Vertrag 1 (vom Käufer zu vertretende Unmöglichkeit)*

Eindeutig und unzweifelhaft ist mit der Zerstörung des Vertragsgegenstandes der Wegfall der Leistungspflicht des Verkäufers nach § 275 Abs. 1 BGB verbunden. Denn diese Rechtsfolge ist unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung (Unmöglichkeit).

Ebenso unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung ist das Rücktrittsrecht des Käufers (§ 326 Abs. 5 BGB). Hier ist allerdings zu beachten, dass das Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen ist, weil der Käufer für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein verantwortlich ist.

Nach § 326 Abs. 2 BGB bleibt in diesem Vertrag auch die Gegenleistungsverpflichtung des Käufers bestehen. Der Käufer muss also €600 zahlen.

Für einen Schadensersatzanspruch des Käufers (Gläubigers der untergegangenen Leistung) aus § 280 BGB, § 283 BGB ist in diesem Vertrag kein Raum, weil der Schuldner und Verkäufer die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat.

*ii. Vertrag 2 (vom Verkäufer zu vertretende Unmöglichkeit)*

Eindeutig und unzweifelhaft ist mit der Zerstörung des Vertragsgegenstandes der Wegfall der Leistungspflicht des Verkäufers nach § 275 Abs. 1 BGB verbunden. Denn diese Rechtsfolge ist unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung (Unmöglichkeit).

Ebenso unabhängig vom Vertretenmüssen der Leistungsstörung ist das Rücktrittsrecht des Käufers (§ 326 Abs. 5 BGB). Das Rücktrittsrecht ist nicht nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen ist, weil in diesem Vertrag der Käufer für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, nicht verantwortlich ist.

Rücktrittsfolge ist, dass der Käufer selbst von seiner Leistungsverpflichtung frei wird, wenn er noch nicht geleistet hatte, oder dass er die von ihm erbrachte Leistung zurückfordern kann. In beiden Fällen stellt sich die Frage, was mit der untergegangenen Leistung wird. War auch diese Leistung noch nicht erbracht worden (die Sache befand sich also noch beim Verkäufer), bleibt es bei den geschilderten Rechtsfolgen. Es kann nunmehr nur noch zu einem Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegen den Käufer nach § 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB kommen. Trat der Untergang dagegen beim Käufer vor der Erfüllungswirkung ein (möglich bei Lieferung unter Eigentumsvorbehalt), dann fragt es sich, wie sich die Unmöglichkeit der Rückgabeverpflichtung auf die Rücktrittsfolgen auswirkt. Für das Rücktrittsrecht als solches spielt sie keine Rolle. Der Rücktritt bleibt möglich. Fraglich sind allein die Rücktrittsfolgen. Es kommen eine Verpflichtung zum Wertersatz und eine Verpflichtung zum Schadensersatz in Betracht.

Die Verpflichtung zum Wertersatz bestimmt sich nach § 346 Abs. 2 und 3 BGB. Der Wertersatz ist nach Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ausgeschlossen, weil der Gläubiger des Rückgewähranspruchs (hier der Verkäufer) die Unmöglichkeit in diesem Vertrag zu vertreten hat. Er ist auch nach § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB ausgeschlossen, weil der Rückgewährschuldner, der Käufer, die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, beobachtet hat.

Für den Schadensersatzanspruch gelten die allgemeinen Regeln. Das bedeutet, dass der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist, wenn den Käufer kein Verschulden am Untergang der Sache trifft (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das ist hier der Fall. Der Verkäufer hat auch keinen Schadensersatzanspruch.

Im konkreten Fall bedeutet das, dass der Käufer nach dem Rücktritt den Kaufpreis nicht leisten muss und weder Wertersatz noch Schadensersatz zu erbringen hat.

Vom Vertretenmüssen unabhängig ist auch die Abstandnahmemöglichkeit in § 326 Abs. 1 BGB. Sie bedeutet ein Freiwerden von der noch nicht erbrachten Gegenleistung bzw. eine Rückforderungsmöglichkeit der erbrachten Gegenleistung nach den Vorschriften des Rücktrittsrechts (§ 326 Abs. 4 BGB). Die Konsequenzen sind soeben entwickelt worden.

Abhängig vom Vertretenmüssen ist die Schadensersatzverpflichtung des Schuldners (Verkäufers) aus § 280 BGB, § 283 BGB. Dem Gläubiger steht ein Ersatzanspruch nach § 280 BGB, § 283 BGB zu. Allerdings muss noch über das Schicksal der Gegenleistung entschieden werden. Einen Weg dazu weist die Surrogationstheorie zur Berechnung des Schadens. Nach ihr tritt der

Schadensersatzanspruch an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung. Wird der Schadensersatzanspruch geltend gemacht, dann bleibt die Verpflichtung zur Gegenleistung bestehen.

Im Ergebnis bedeutet das für diesen aus der Aufspaltung resultierenden Vertrag: Dem Gegenanspruch des Verkäufers (€600) steht ein nach der Surrogationstheorie berechneter Schadensersatzanspruch des Käufers (€500) aus § 280 BGB, § 283 BGB gegenüber. Nach Verrechnung (Aufrechnung) hätte K noch €100 zahlen.

Wird der Schaden für den Schadensersatzanspruch des Käufers nicht nach der Surrogationstheorie, sondern nach der Differenztheorie berechnet, so ergibt sich an abweichendes Ergebnis: Die Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung beträgt €200 zuungunsten des Käufers. Weil es keine Differenz zugunsten des K gibt, hat K auch keinen Schadensersatzanspruch gegen V.

Das Gesamtergebnis folgt aus einer Zusammenfassung der beiden durch Aufspaltung gebildeten Verträge.

Bei Anwendung der Surrogationstheorie schuldet K dem V noch €700, bei Anwendung der Differenztheorie €600. Im letzten Betrag kommt die Vorteilhaftigkeit des Geschäfts für V angemessen zum Ausdruck; der erste würde dem V den ungeschmäleren Gewinn belassen. Für die Belassung des ungeschmäleren Gewinns aber gibt es keinen Grund.

## **6. Die Entscheidung für ein Modell**

Sowohl die konsequente Ausschöpfung der im neuen Schuldrecht gesetzlich angelegten Möglichkeiten als auch das Modell der Vertragsspaltung haben eine Schwäche. Sie lösen den Fall des für den Verkäufer günstigen Geschäfts dann unangemessen, wenn man den Schadensersatzanspruch des Käufers nach der Surrogationstheorie berechnet. Nun gibt es keinen Zwang, den Schadensersatzanspruch des Käufers nach der Surrogationstheorie zu berechnen. Im Gegenteil: Dem Käufer wird von der herrschenden Meinung für das alte Recht ein echtes Wahlrecht zugestanden und von Ulrich Huber (Leistungsstörungen II, §§ 36 I 3 und 4, 54 II, 57 II 6 c) sogar die Berechnung nach der Surrogationstheorie verwehrt. Auch im neuen Recht sollte man der Surrogationstheorie nur dort Raum geben, wo der unmöglich gewordenen Leistung eine andere als eine Geldleistung gegenübersteht (Arnold, Rücktritt und Schadensersatz, ZGS 2003, 427 (429 ff.)). Das ist namentlich beim Tauschgeschäft der Fall. Hier mag es ein anerkennenswertes Interesse des Tauschpartners mit der unversehrten Tauschsache



geben, seine Sache gegen einen Ersatzanspruch auf den Wert der im Wertvergleich minderwertigen Tauschsache „einzutauschen“, was ihm anders als durch die Abwicklung nach der Surrogationstheorie nicht möglich ist. Das möge ein Beispiel verdeutlichen.

A, Eigentümer eines Golfs, einigt sich mit B über den Tausch seines Golfs im Werte von €1.200 gegen den Fiat des B im Werte von €1.000. Der Fiat wird durch beiderseitiges Verschulden der Vertragspartner zerstört. Wenn A seinen Golf behalten will, kann er zurücktreten oder sich zur Abstandnahme entschließen. In beiden Fällen bräuchte er nicht zu liefern. Sollte er schon geliefert haben, stünde ihm ein Rückforderungsrecht zu Gebote. Sollte auch B schon geliefert haben, entfielen zwar der Wertersatzanspruch des B. B hätte aber einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB, § 241 Abs. 2 BGB gegen A auf €600, denn das ist die Hälfte des dem A durch die Zerstörung seines Eigentums entgangenen Werts. Auch A hätte dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch gegen B. Wird dieser Schadensersatzanspruch nach der Differenztheorie berechnet, so fehlt es an einem Schaden, weil das Fahrzeug des A mehr wert war als das Fahrzeug des B. Wird der Schadensersatzanspruch nach der Surrogationstheorie berechnet, muss A den Golf im Werte von €1.200 herausgeben und bekommt dafür bei gleichzeitigem Entfallen des Schadensersatzanspruchs des A in Höhe von €600 einen Schadensersatzanspruch gegen B in Höhe von €500. Wie beim Kauf erleidet A bei der Abrechnung nach der Differenztheorie einen Verlust von €600 und bei der Abrechnung nach der Surrogationstheorie einen Verlust von €700. Im letzteren Fall verschafft er dem Vertragspartner den gesamten Gewinn. Doch das beruht auf seiner freiwilligen Entscheidung für eine bestimmte Abrechnungsart und gegen das Fahrzeug.

Die Grundlagen für eine abschließende Bewertung sind gelegt. Das zum alten Modell entwickelte Regelungsmodell von Ulrich Huber ist auf eine Rechtsfortbildung durch analoge Anwendung des § 254 BGB auf den Gegenleistungsanspruch angewiesen. Da das neue Recht durch konsequente Ausschöpfung der in ihm angelegten Möglichkeiten ohne eine Rechtsfortbildung auskommt, besteht im neuen Recht für das in seiner Eleganz bestechende Hubersche Modell kein Raum. Von vergleichbarer Eleganz und Einfachheit ist das von Faust entwickelte Modell der Vertragsaufspaltung, weil man nach der Aufspaltung nur noch die Regeln der vom Schuldner zu vertretenden und der vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit anwenden und die Ergebnisse zusammen fassen muss. Der Nachteil dieses Modells ist, dass es nur auf die - zugegebene große - Teilmenge der Verträge angewendet werden kann, bei denen die Gegenleistung zur unmöglich gewordenen Leistung teilbar, letztlich also eine Geldleistung, ist. Mit einer umfassenden Lösung wird nur der bedacht, der alle im

neuen Schuldrecht angelegten Möglichkeiten konsequent ausschöpft. Dieser Weg mag bisweilen steinig sein. Doch streitet für ihn das Gesetz.

---

## *IX. Haftung für Dritte nach § 278 Satz 1 BGB*

### **1. Grundgedanken**

Der Schuldner ist regelmäßig nicht verpflichtet, die notwendigen Erfüllungshandlungen selbst vorzunehmen. Vielmehr ist ihm grundsätzlich gestattet, bei der Erfüllung seiner Verpflichtungen Hilfspersonen, z.B. seine Mitarbeiter, einzusetzen. In der Praxis ist dies auch sehr häufig der Fall - insbesondere bei gewerblichen Leistungen.

So ist beispielsweise beim Kauf einer Hose im Kaufhaus der Kaufhausinhaber der Vertragspartner des Kunden. Dennoch werden sämtliche Tätigkeiten bei Vertragsschluss und bei Erfüllung der Verkäuferpflichten von „Verkäufern“ vorgenommen, die als Vertreter und Erfüllungsgehilfen des Kaufhauses tätig werden. Auch der Malermeister, der mit der Renovierung eines Hauses beauftragt wird, erledigt normalerweise nicht alle damit verbundenen Arbeiten selbst, sondern setzt seine Gesellen und Lehrlinge ein.

Diese übliche Arbeitsteilung kommt letztlich dem Schuldner zugute, der durch den Einsatz von Gehilfen seinen Tätigkeitsbereich und damit auch seine Verdienstmöglichkeiten erweitern kann. Diese Erleichterung für den Schuldner darf natürlich nicht dazu führen, dass die Rechte des Gläubigers verkürzt werden. Dies wäre jedoch dann der Fall, wenn der Schuldner nur für eigenes Verschulden (§ 276 Abs. 1 BGB) und nicht für das Verschulden seiner Gehilfen einzustehen hätte.

Dann bräuchte er nur sorgfältig angeleitete und ausgesuchte (wegen § 831 BGB!) Gehilfen einzusetzen, um sich seiner Haftung für Pflichtverletzungen zu entziehen. Auch gegen den Gehilfen hätte der Gläubiger keine vertraglichen Ersatzansprüche, da die Gehilfen nicht Vertragspartner des Gläubigers sind. Somit müssten auch diese nicht für Leistungsstörungen haften, es sei denn, die Voraussetzungen einer deliktischen Haftung wären erfüllt.

Ein ähnliches Problem ergibt sich, wenn der Schuldner - etwa aufgrund zu geringen Alters - nicht handlungsfähig ist und dementsprechend sein gesetzlicher

Vertreter für ihn handelt. Dass der gesetzliche Vertreter für den Minderjährigen handelt, liegt in dessen Interesse und darf wiederum nicht zu einer Benachteiligung des Gläubigers führen. Eine solche Benachteiligung ergäbe sich jedoch dann, wenn der Schuldner nicht für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters einstehen müsste, da gegen diesen kein vertraglicher Anspruch existiert.

Eine solche Benachteiligung des Gläubigers ist durch § 278 S. 1 BGB ausgeschlossen. Nach dieser Norm hat der Schuldner das Verschulden seiner Gehilfen und gesetzlichen Vertreter wie eigenes Verschulden zu vertreten.

## **2. Haftung für den Erfüllungsgehilfen**

Im Folgenden sollen die Voraussetzungen der Haftung für den Erfüllungsgehilfen erörtert werden.

### *a. Sonderverbindung*

Erste Voraussetzung des § 278 S. 1 BGB ist ein bestehendes Schuldverhältnis oder ein ähnliches Verhältnis („zur Erfüllung einer Verbindlichkeit“). Dieses kann auf Vertrag oder Gesetz beruhen. Es reicht auch ein vorvertragliches Schuldverhältnis. Ebenso ist § 278 BGB auf den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte anwendbar (vgl. dazu den „Gasuhr -Fall“). Entscheidend ist, dass zwischen den Parteien eine schuldrechtliche oder schuldrechtsähnliche Beziehung besteht, aus der sich Pflichten ergeben, zu deren Erfüllung der Gehilfe eingesetzt werden kann.

Nicht ausreichend ist die Verletzung einer allgemeinen Rechtspflicht. Hier kann allenfalls § 831 BGB eingreifen.

### *b. Erfüllungsgehilfe*

Weiterhin muss der handelnde Gehilfe Erfüllungsgehilfe sein. Erfüllungsgehilfen sind alle Personen, deren sich der Schuldner „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient“.

Nach diesem Gesetzestext hat der Begriff des Erfüllungsgehilfen zwei Komponenten: Der Gehilfe muss zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners tätig werden, und dies muss mit Willen des Schuldners geschehen.

Erfüllungsgehilfe ist also, wer vom Schuldner willentlich zur Erfüllung einer sich aus der Sonderverbindung ergebenden Verbindlichkeit eingesetzt wird.

Die Voraussetzung, dass der Gehilfe mit Wissen des Schuldners handeln muss, begründet sich nicht nur aus dem Gesetzestext, sondern auch aus dem Zweck des § 278 BGB. Eine Einstandspflicht und Verantwortlichkeit des Schuldners für ungebetene Einmischungen Dritter wäre schwerlich zu begründen. Zu beachten ist jedoch, dass der Schuldner der Tätigkeit eines ohne sein Wissen handelnden Helfers nachträglich zustimmen und den Helfer damit zum Erfüllungsgehilfen machen kann.

Für den Begriff des Erfüllungsgehilfen sind die Rechtsbeziehungen zwischen Gehilfe und Schuldner unerheblich, insbesondere muss zwischen ihnen kein Schuldverhältnis bestehen. Auch setzt § 278 BGB - anders als § 831 BGB - keine besondere soziale Abhängigkeit des Gehilfen voraus. Dementsprechend kann auch ein selbständiger Unternehmer Erfüllungsgehilfe sein.

**Beispiel:** Ein Vermieter beauftragt einen Elektriker zum Austausch von Kabeln in der Wohnung des Mieters. Verursacht der Elektriker nun durch Fahrlässigkeit einen Brand, durch den die Möbel des Mieters beschädigt werden, so wird die Fahrlässigkeit dem Vermieter gemäß § 278 S. 1 BGB zugerechnet und dieser haftet dem Mieter aus dem Mietvertrag für die entstandenen Schäden.

Der Schuldner haftet auch für so genannte mittelbare Erfüllungsgehilfen. Dies sind Gehilfen des (unmittelbaren) Erfüllungsgehilfen, die von diesem mit Einverständnis des Schuldners mit der Erfüllung der Verbindlichkeit betraut sind.

**Beispiel:** Wenn der Elektriker im eben genannten Beispiel mit dem Einverständnis des Vermieters seinen Gesellen geschickt hätte, so wäre dieser mittelbarer Erfüllungsgehilfe und der Vermieter hätte auch für sein Verschulden nach § 278 S. 1 BGB einzustehen

Zieht der Erfüllungsgehilfe von sich aus ohne oder gegen den Willen des Schuldners weitere Gehilfen heran, so haftet der Schuldner jedenfalls noch für Verschulden des ersten Erfüllungsgehilfen bei der Auswahl, Anleitung oder Überwachung des weiteren Gehilfen, soweit es kausal für den Schaden des Gläubigers geworden ist.

Erfüllungsgehilfe ist nicht, wer die Leistungspflicht vom Schuldner vollständig übertragen bekommen und an dessen Stelle nun selbständig die Pflicht zu erfüllen hat (Substitution). Dies ist beispielsweise beim Auftrag möglich (§ 664 Abs. 1 S. 2 BGB). Dann haftet der ursprüngliche Schuldner nicht mehr für die ordnungsgemäße Erfüllung durch den Dritten, sondern nur noch für die sorgfältige Auswahl des Dritten. Verletzt er diese Pflicht zur sorgfältigen Auswahl, so haftet er

dem Gläubiger aus eigenem Verschulden (§ 276 Abs. 1 BGB) und nicht nach § 278 S. 1 BGB.

Die Verbindlichkeiten, zu deren Erfüllung der Gehilfe eingesetzt wird, können sowohl die Hauptleistungs- wie auch alle Nebenpflichten (insbesondere auch Schutzpflichten) sein, die sich aus dem Schuldverhältnis ergeben.

Unproblematisch ist Erfüllungsgehilfe, wer die geschuldete Leistungshandlung erbringen soll, also z.B. der oben genannte Geselle, der für den Malermeister Arbeiten ausführt.

Etwas problematischer ist die Frage, wer Erfüllungsgehilfe ist, wenn es allein um die Verletzungen von Schutzpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) geht. Nach der herrschenden Meinung genügt insoweit, dass der Schuldner einer für ihn tätigen Person die Möglichkeit zur Einwirkung auf Rechtsgüter des Gläubigers gibt. Hinsichtlich von Personen, die nicht für den Schuldner tätig werden, ist eine Haftung des Schuldners nach § 278 BGB jedenfalls dann noch anzunehmen, wenn er der Person den Vertragsgegenstand zur Nutzung überlässt. Dies ergibt sich aus der Überlegung, dass die Rechtsstellung des Gläubigers, der von dem Schuldner selbst sorgsame und pflegliche Behandlung der Sache verlangen kann, nicht dadurch verschlechtert werden darf, dass der Schuldner Dritten den Gebrauch gestattet hat. Eine auf dieser Überlegung beruhende gesetzliche Spezialregelung findet sich für den Fall der vom Vermieter gestatteten Untermiete in § 540 Abs. 2 BGB. Die genannten Überlegungen im Rahmen des § 278 BGB gelten natürlich nur dann, wenn der Schuldner dem Dritten den Gebrauch gestattet hat, und nicht, wenn dieser sich diesen ohne Willen des Besuchers verschafft hat.

**Beispiele:** Der Mieter haftet für Möbeltransporteure, die bei Anlieferung von Möbeln den Hausflur des Mietshauses beschädigen. Er haftet ebenso für seine mit ihm zusammenwohnenden Kinder. Nicht hingegen haftet er für Schäden, die ungebetene Besucher anrichten, denn diese hat er keinesfalls „eingeschaltet“.

Problematisch ist die Frage, ob § 278 BGB auf Personen anwendbar ist, die bei der Vorbereitung der Leistung tätig waren. Nach herrschender Meinung ist nur derjenige Erfüllungsgehilfe, der zur Leistungshandlung oder zur Erfüllung der damit verbundenen Schutzpflichten beiträgt, nicht jedoch derjenige, der bei der Schaffung von Leistungsvoraussetzungen hilft (vgl. Larenz, Schuldrecht AT, § 20 VIII; Medicus, SchR-AT, Rn. 327).

Diese Problematik wird insbesondere an der Frage erörtert, ob der Verkäufer für ein Verschulden des Herstellers der verkauften Sache haftet muss. Dies wird von der ganz herrschenden Meinung verneint. Zur Begründung wird zum Teil darauf

verwiesen, dass die Herstellung zeitlich vor dem Kauf liegt. Diese Begründung ist jedoch nicht überzeugend, denn diese zeitliche Reihenfolge ist ein Ergebnis der Arbeitsteilung zwischen Hersteller und Handel und § 278 BGB will den Gläubiger gerade vor haftungsausschließenden Folgen von Arbeitsteilungen schützen. Dementsprechend wird auch vereinzelt vertreten, § 278 BGB solle auf den Hersteller anwendbar sein (etwa Schmidt/Brüggemeier, Grundkurs Zivilrecht, Rdnr. 443 f.). Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass der Kaufvertrag den Verkäufer nur zur Verschaffung der Kaufsache und eben nicht zu deren Herstellung verpflichtet. Da somit die Herstellung der Sache nicht Vertragspflicht ist, kann ein Verschulden des Herstellers auch nicht als Verletzung einer Vertragspflicht dem Verkäufer zugerechnet werden. Letztlich sind die Interessen des Käufers auch hinreichend durch seine deliktischen Ansprüche gegen den Hersteller nach § 823 Abs. 1 BGB bzw. nach dem Produkthaftungsgesetz geschützt, weswegen eine derart weite Auslegung des § 278 BGB nicht notwendig ist. An dieser Einschätzung ändert auch die Tatsache nichts, dass der Verkäufer nach neuem Schuldrecht zur Lieferung einer fehlerfreien Sache verpflichtet ist (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB). Der Gesetzgeber hat in der Begründung ausdrücklich betont, auch unter dem neuen Kaufrecht habe es dabei zu bleiben, dass der Warenhersteller nicht als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers anzusehen sei (BT-Drucksache 14/6040, S. 210).

Im Zusammenhang mit der Problematik des zur Vorbereitung einer Leistungshandlung eingesetzten Gehilfen, sollte genau darauf geachtet werden, was noch zur Vertragspflicht gehört und was bloße Vorbereitung der Erfüllung ist. Lässt sich etwa ein Arzt von einem Taxifahrer zum Patienten fahren und passiert dann aufgrund eines Verschuldens des Taxifahrers ein Unfall, der die Ankunft des Arztes verzögert, so könnte man zunächst denken, der Taxifahrer sei nur zur Vorbereitung der ärztlichen Behandlung tätig geworden und dem Arzt würde die schuldhaftige Verzögerung nicht zugerechnet. Dies ist jedoch bei genauer Betrachtung nicht der Fall, denn die Fahrt zum Patienten gehört beim Hausbesuch eben zu der durch den Arzt geschuldeten Leistung. Somit ist das Verschulden des Taxifahrers nach § 278 BGB dem Arzt zuzurechnen.

Von der Fallgruppe des bei der Vorbereitung der Leistung tätig werdenden Gehilfen sind diejenigen Fälle zu unterscheiden, in denen der Gehilfe bei der Vertragsvorbereitung, insbesondere bei den Vertragsverhandlungen tätig wird. Hier besteht ein vorvertragliches Schuldverhältnis, aus dem sich Pflichten der Verhandellenden ergeben, bei deren Verletzung ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c) in Betracht kommt. Setzt ein Verhandlungspartner nun einen Gehilfen ein, so haftet er gemäß § 278 BGB auch für schuldhaftige Verletzungen durch diesen.

*c. Handeln „bei Erfüllung“ und „bei Gelegenheit der Erfüllung“*

Fraglich ist, ob der Schuldner nur für ein solches Verschulden des Helfers entstehen muss, das in unmittelbarem inneren Zusammenhang mit der Erfüllung steht („bei Erfüllung“), oder ob auch ein schuldhaftes Verhalten des Gehilfen „bei Gelegenheit“ der Erfüllung dem Schuldner zuzurechnen ist.

Diese strittige Frage mag an folgendem Beispielsfall verdeutlicht werden:

Der Malermeister M wird von E mit dem Anstrich der Fensterrahmen im Haus des E betraut. M schickt zu diesem Zweck seinen Gesellen G, der schon seit Jahren zu dessen vollsten Zufriedenheit für M arbeitet. G tropft aber an diesem Tag leider nicht nur Farbe auf den Parkettfußboden des E (der Boden muss daraufhin professionell gereinigt werden), er raucht auch während des Streichens eine Zigarette, deren Glut auf den auf dem Parkett liegenden Perserteppich des E fällt und diesen versengt. Beim Verlassen der Wohnung stiehlt G obendrein noch ein wertvolles Feuerzeug, welches er auf der Garderobe liegen sieht.

E verlangt nun von M Schadensersatz wegen der Reinigung des Bodens, wegen der Reparatur des Teppichs sowie wegen des gestohlenen Feuerzeuges. Zu Recht?

Im genannten Beispiel hat G den Boden sicherlich „bei Erfüllung“ verunreinigt. Insoweit muss M das Verschulden des G unproblematisch nach § 278 BGB vertreten. Der Diebstahl des Feuerzeuges geschah hingegen ohne Zweifel nicht „bei Erfüllung“, sondern „bei Gelegenheit“ der Erfüllung. Etwas zweifelhaft ist die Einordnung der Verursachung der Brandflecken, denn das Rauchen der Zigarette geschah zwar nicht „zur Erfüllung“, aber doch „während der Erfüllung“.

Die Entscheidung, ob der Schuldner für eine Verhaltensweise seines Erfüllungsgehilfen einzustehen hat, sollte letztlich nicht an Begrifflichkeiten, sondern daran orientiert sein, ob den Schuldner - hätte er selbst gehandelt - vertragliche, dem Verhalten des Gehilfen entgegengesetzte Verhaltenspflichten getroffen hätten. Insoweit ist im Beispielsfall eine Einstandspflicht des M für die Schäden an Parkett und Teppich jedenfalls zu bejahen, denn den Schuldner trifft die Pflicht, mit den Gegenständen des Gläubigers, mit welchen er während der Erfüllung seiner Pflichten in Berührung kommt, sorgfältig umzugehen.

Fraglich und umstritten ist nun die Frage, ob der Schuldner auch für Diebstähle seines Gehilfen nach § 278 S. 1 BGB einzustehen hat. Eine Auffassung verneint dies. Sie führt an, es gäbe zwar eine Rechtspflicht, Diebstähle zu unterlassen, dies wäre jedoch keine vertragsspezifische, sondern eine allgemeine, also jedermann treffende Pflicht (Larenz, Schuldrecht AT, § 20 VIII). Dem ist entgegenzuhalten,

dass eine allgemeine Rechtspflicht einer vertraglichen Pflicht gleichen Inhalts keinesfalls entgegensteht. Auch ist zu berücksichtigen, dass der Geselle die Gelegenheit für den Diebstahl des Feuerzeuges erst durch den Einsatz bei der Erfüllung erhalten hat. Deswegen muss der Schuldner auch für diesen Diebstahl einstehen.

Aus den genannten Gesichtspunkten lässt sich folgern, dass der Schuldner dann für seinen Gehilfen einzustehen hat, wenn durch die übertragene Tätigkeit der Zugriff auf die geschädigten Rechtsgüter erheblich erleichtert worden ist, und deshalb die erhöhte Gefährdung der Rechtsgüter durch eine entsprechende vertragliche Verhaltenspflicht des Schuldners kompensiert wird.

Eine Einstandspflicht wäre nach diesen Erwägungen im obigen Fall abzulehnen gewesen, wenn der G nicht das Feuerzeug, sondern das Fahrrad vor der Tür des E gestohlen hätte. Hier wäre dem G durch die von M übertragene Tätigkeit der Zugriff auf das Fahrrad nicht wesentlich erleichtert worden. Genauso wenig müsste M dafür haften, wenn G eine Woche später in die Wohnung des E eingebrochen wäre, weil er bei den Arbeiten erkannt hat, dass ein derartiger Einbruch sehr lohnend und auch leicht zu bewerkstelligen sein würde. Es existiert keine vertragliche Pflicht, die verhindern soll, dass das Eigentum auf diese Weise geschädigt wird.

#### *d. Verschulden*

Letzte Voraussetzung des § 278 BGB ist „ein Verschulden“ des Gehilfen, d.h. dieser muss vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben.

Hier ist zu beachten, dass „Verschulden“ eigentlich eine Pflichtverletzung voraussetzt, der Gehilfe gegenüber dem Gläubiger aber selbst keine eigenen vertraglichen Pflichten hat, welche er verletzen könnte. Nach der ratio der Vorschrift muss das Verschulden in § 278 BGB jedoch an den Verpflichtungen des Schuldners und nicht an eventuellen Verpflichtungen des Gesellen ausgerichtet werden. Das Verhalten des Gehilfen ist wie eigenes Verhalten des Schuldners zu werten und ist somit dann als schuldhaft anzusehen, wenn es als Verhalten des Schuldners schuldhaft gewesen wäre.

Dabei ist auch der Verschuldensmaßstab anzuwenden, der auf den Schuldner selbst anzuwenden gewesen wäre. Hat der Schuldner beispielsweise seine Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt, so haftet er auch nicht für eine leichte Fahrlässigkeit seines Gehilfen. Andererseits muss der Schuldner, der selbst Meister



ist, dafür einstehen, wenn sein Gehilfe nicht die Sorgfalt eines Meisters anwendet, selbst wenn der Gehilfe selbst ein junger unerfahrener Lehrling ist.

Zu beachten ist noch, dass der Schuldner die Haftung für eigenes vorsätzliches Verhalten gemäß § 267 Abs. 2 BGB nicht ausschließen kann, was ihm für seine Gehilfen gemäß § 278 S. 2 BGB aber möglich ist.

### **3. Haftung für den gesetzlichen Vertreter**

§ 278 BGB ordnet aus den oben genannten Gründen neben der Haftung für den Erfüllungsgehilfen eine Haftung für den gesetzlichen Vertreter an. Eine separate Anordnung ist notwendig, weil der gesetzliche Vertreter anders als der Gehilfe nicht durch den Schuldner eingeschaltet wird, sondern aufgrund einer gesetzlich übertragenen Befugnis tätig wird.

„Gesetzlicher Vertreter“ i.S.d. § 278 BGB ist nach herrschender Meinung weit auszulegen. Unter diesen Begriff fallen auch die so genannten „Vertreter kraft Amtes“ wie beispielsweise Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter. Strittig ist, ob § 278 BGB auch auf Organe von juristischen Personen anzuwenden ist, so z.B. auf den Vorstand eines Vereines. Dies wird von der herrschenden Meinung mit der Begründung abgelehnt, dass die Verantwortlichkeit der juristischen Person für ihre Organe ihre Sonderregelung in §§ 31, 89 BGB gefunden hat (Larenz, § 20 VIII; a.A. Medicus, SchR-AT, Rn. 323).

Abgesehen davon, dass der gesetzliche Vertreter nicht die Voraussetzungen eines Erfüllungsgehilfen erfüllen muss, also nicht mit Willen des Schuldners tätig werden muss, hat die Haftung für den gesetzlichen Vertreter im Wesentlichen die gleichen Voraussetzungen wie diejenige für den Erfüllungsgehilfen. Die folgenden Besonderheiten sind jedoch zu beachten:

Anzumerken ist zunächst, dass die Zurechnung des Vertreterverschuldens nach § 278 BGB keine Stellvertretung im technischen Sinne des § 164 BGB voraussetzt. Der Schuldner haftet im Rahmen des § 278 BGB nicht nur für Verschulden bei Abgabe oder Entgegennahme von Willenserklärungen durch den Vertreter, sondern auch für bloße tatsächliche Handlungen des Vertreters. Dementsprechend ist im Rahmen des § 278 BGB auch unerheblich, ob die Vertretungsmacht mehreren gemeinschaftlich zusteht, wie dies regelmäßig bei den Eltern der Fall ist (§ 1629 Abs. 1 S. 2 BGB). Es reicht insoweit schon das Verschulden eines gesetzlichen Vertreters.

Anders als bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen kommt es bei der Haftung für den gesetzlichen Vertreter nicht in jeder Hinsicht allein auf den Verschuldensmaßstab des Schuldners an. Dies ergibt sich aus der Regelung der Deliktsfähigkeit (§ 827 ff. BGB). Würde man allein auf die Verschuldensfähigkeit des minderjährigen Schuldners abstellen, so würde die Haftung des Schuldners oftmals an dessen mangelnder Verschuldensfähigkeit scheitern. Deshalb rechnet man im Rahmen der Haftung für den gesetzlichen Vertreter dem Schuldner nicht nur das Verschulden des Vertreters, sondern auch dessen Verschuldensfähigkeit zu.

Letztlich ist noch zu beachten, dass § 278 S. 2 BGB auf die Haftung für den gesetzlichen Vertreter nicht anwendbar ist. Die Regelung, die § 276 Abs. 3 BGB für unanwendbar erklärt, ist beim Erfüllungsgehilfen sinnvoll, denn dort haftet der Schuldner nicht nur für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen, sondern auch für eigenes. Selbst wenn die Haftung für Vorsatz des Gehilfen ausgeschlossen ist, besteht damit zumindest noch eine Haftung für eigenen Vorsatz. Bei der Haftung für den gesetzlichen Vertreter ist dies anders. Hier kommt ein haftbar machender eigener Vorsatz des Schuldners regelmäßig nicht mehr in Betracht, da dieser ja überhaupt nicht selbst handelt. Würde man hier die Haftung für Vorsatz des Vertreters ausschließen, so würde man gerade zu derjenigen Unverbindlichkeit des Schuldverhältnisses kommen, die § 276 Abs. 3 BGB vermeiden will.

#### **4. Abgrenzungen**

Die Regelung des § 278 S.1 BGB betrifft die Haftung für Personen, die bei der Erfüllung einer Sonderverbindung tätig werden. Andere Vorschriften regeln ebenfalls die Haftung für andere Personen und müssen sorgfältig von § 278 BGB unterschieden werden.

Eine andere im BGB geregelte Haftung für Gehilfen findet sich im § 831 Abs. 1 BGB, in dem die deliktische Haftung für den Verrichtungsgehilfen geregelt ist.

§ 831 BGB unterscheidet sich in seiner Konstruktion wesentlich von § 278 S. 1 BGB. Zunächst ist zu beachten, dass § 831 Abs. 1 BGB im Gegensatz zur bloßen Zurechnungsnorm des § 278 BGB eine eigene selbständige Anspruchsgrundlage darstellt. Ein anderer wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Normen besteht darin, dass § 278 S. 1 BGB eine Haftung für fremdes Verschulden anordnet, während § 831 BGB dem Geschäftsherrn eine Haftung für eigenes Verschulden bei Auswahl bzw. Anleitung des Gehilfen auferlegt. Dementsprechend setzt § 831 BGB anders als § 278 BGB auch kein eigenes Verschulden des Gehilfen voraus. Es reicht vielmehr grundsätzlich aus, dass der

Gehilfe rechtswidrig gehandelt hat. Ein weiterer zu nennender Unterschied besteht darin, dass der Geschäftsherr sich gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB exkulpieren kann, während eine vergleichbare Entlastungsmöglichkeit bei § 278 BGB fehlt. Letztlich ist noch darauf hinzuweisen, dass der Begriff des Verrichtungsgehilfen anders als der Begriff des Erfüllungsgehilfen ein soziales Abhängigkeitsverhältnis zwischen Gehilfen und Geschäftsherrn voraussetzt. Diese Voraussetzung beruht auf der Überlegung, dass die Haftung des Geschäftsherrn darauf aufbaut, dass er den Gehilfen nicht sorgfältig ausgesucht bzw. überwacht hat. Eine solche Pflicht zur Überwachung ist aber nur dort sinnvoll, wo der Gehilfe den Weisungen des Geschäftsherrn unterliegt.

In zwei Sonderfällen findet sich aber auch eine deliktische Haftung für das (fremde) Verschulden von Gehilfen und zwar in § 839 BGB, Art. 34 GG für Amtsträger und in § 3 HaftPflG für die Körperverletzung oder Tötung durch einen Betriebsleiter oder eine vergleichbare Person in bestimmten Unternehmen.

Letztlich findet sich in den §§ 31, 86, 89 Abs. 1 BGB noch die Haftung juristischer Personen für ihre Organe. Darauf soll aber in diesem Rahmen nicht weiter eingegangen werden.



---

Von **dem** Kaufrecht zu sprechen, mag schon fast eine Irreführung sein. Das Recht der Bundesrepublik Deutschland kennt zum Teil sehr unterschiedliche Kaufrechte, je nachdem, welche Personen die Rollen des Verkäufers und des Käufers einnehmen. Kaufverträge zählen zu den Verträgen, die auf die Verschaffung des Rechts an dem Kaufgegenstand gerichtet sind: des Eigentums an (beweglichen und unbeweglichen) Sachen (§ 433 BGB) und der Inhaberschaft von Rechten, wenn es nicht um Eigentumsrechte geht (§ 453 BGB). Am Kaufgeschehen können alle Bevölkerungskreise als Verkäufer und Käufer teilnehmen: einfache Bürger, Kaufleute, Verbraucher, Inländer und Ausländer. Aber nicht alle unterliegen denselben kaufrechtlichen Regeln. Das Kaufrecht des BGB (§§ 433 ff.) ist auf den Bürger zugeschnitten. Es gilt auch für Kaufleute, soweit nicht die Regeln des Handelsgesetzbuchs für den Handelskauf Sonderregeln bereithalten (§§ 373 ff. HGB). Im grenzüberschreitenden Verkehr unter Nichtverbrauchern greift - mit einem von BGB und HGB unterschiedlichen Regelungsgehalt - das UN-Kaufrecht (CISG), wenn beide Parteien Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts angehören oder die Regeln des deutschen Internationalen Privatrechts auf deutsches Recht als anwendbares Recht verweisen. Und mit Blick auf Verbraucher müssen Verbraucher schützende Rechtsnormen beachtet werden, die sich in ganz unterschiedlichen Teilen des BGB finden können: Regelungen zum Verbrauchsgüterkauf, zum Ratenzahlungskauf, zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen, zu Fernabsatzgeschäften und anderen mehr.

Mit der Schuldrechtsmodernisierung zum 1. Januar 2002 hat es eine Neugestaltung des Kaufrechts für den Fall der Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware in Anlehnung an die Regelung des grenzüberschreitenden Kaufes im CISG gegeben, die ihrerseits anglo-amerikanischen Vorbildern folgt. Das Modell war Grundlage der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter. Diese Richtlinie war in Deutschland ein Anlass für die Schuldrechtsmodernisierung.

Wir werfen noch einmal einen kurzen Blick auf das allgemeine Kaufrecht des BGB und befassen uns dann mit den Sonderformen.

---

### *I. Allgemeines Kaufrecht des BGB*

Der Kaufvertrag ist ein Rechtsgeschäft, durch das ein zweiseitig verpflichtendes Schuldverhältnis begründet wird. Es handelt sich um einen gegenseitigen oder synallagmatischen Vertrag. Die konstitutiven Elemente sind in § 433 BGB enthalten. Die Hauptleistungspflicht des Verkäufers ist es, dem Käufer Eigentum und Besitz an der verkauften Sache bzw. die Inhaberschaft an dem verkauften Recht zu verschaffen (vgl. zu Letzterem: § 453 BGB). Zu diesen Verkäuferpflichten tritt gemäß §§ 433 Abs. 1 S. 2, 453 Abs. 3 BGB die Pflicht hinzu, dem Käufer die Sache bzw. das Recht, das zum Besitz einer Sache berechtigt, frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Die Hauptleistungspflicht des Käufers besteht darin, den Kaufpreis zu zahlen. Bei der ebenfalls in § 433 Abs. 2 BGB für den Käufer genannten Pflicht, die Sache abzunehmen, handelt es sich regelmäßig nur um eine vertragliche Nebenpflicht. Kaufgegenstand können nach §§ 433, 453 Abs. 1 BGB Sachen im Sinne des § 90 BGB sowie Rechte und „sonstige Gegenstände“ sein. Durch den bewusst weit gefassten Begriff des „sonstigen Gegenstandes“ sollen auch über § 90 BGB und den Begriff des „Rechts“ hinaus alle sonstigen verkehrsfähigen, unkörperlichen Vermögensgegenstände und Sachgesamtheiten (wie z.B. Unternehmen, Gas, Wärme, Elektrizität, technisches Know-how, Werbeideen, Software etc.) als Gegenstände eines Kaufvertrages anerkannt werden. Im Bereich des Warenkaufs spielen wegen der Massenhaftigkeit und Gleichförmigkeit der vorgenommenen Geschäfte allgemeine Geschäftsbedingungen eine große Rolle, insbesondere in Form von Lieferbedingungen und Vertragsformularen. Durch sie werden zB Liefer- und Zahlungsfristen festgesetzt, der Erfüllungsort bestimmt und vielfach die gesetzlichen Regeln, etwa über den Zahlungsverzug oder die Gewährleistungsrechte, geändert oder ergänzt. Mit den §§ 433 ff. BGB bietet das

Gesetz ein „Regelungsmuster“ (Larenz) an, das die Parteien weitgehend nicht bindet. Vielmehr können die Parteien bei der Gestaltung des Vertrages von den im Gesetz getroffenen Bestimmungen abweichen oder diese ergänzen. Nur ausnahmsweise enthält das Gesetz für Verträge zwingende Vorschriften, die meist dem Schutz des schwächeren Vertragspartners dienen. Beim Kauf haben die meisten Vorschriften dispositiven Charakter, d.h. sind durch Parteivereinbarung - zum Teil auch in den allgemeinen Geschäftsbedingungen - abdingbar (Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, § 38, S. 4; § 39 I, S. 10). Eine praktisch bedeutsame Ausnahme stellt insofern der Verbrauchsgüterkauf, d.h. der Kaufvertrag zwischen einem Unternehmer als Verkäufer und einem Verbraucher als Käufer über eine bewegliche Sache (§ 474 Abs. 1 BGB), dar. Beim Verbrauchsgüterkauf sind nämlich gemäß § 475 BGB die meisten Vorschriften zwingendes Recht (*ius cogens*).

Für das Zustandekommen eines Kaufvertrags gelten die allgemeinen Regeln. Die Parteien müssen sich zumindest über den Kaufgegenstand - den sie konkret (Stückkauf) oder auch nur der Gattung nach (Gattungskauf) bezeichnen können - und regelmäßig auch über den Kaufpreis einig sein, damit ein wirksamer Vertrag zustande kommt. Es genügt, wenn Regeln vereinbart werden, nach denen der Kaufpreis bestimmt wird (§§ 315 ff. BGB). Wie die Vertragsparteien ihre Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag erfüllen können, haben wir im Zusammenhang mit der Schuldbefreiung erörtert. Welche Folgen es hat, wenn der Austausch der Leistungen gestört wird, war Gegenstand der Ausführungen zur Vertragshaftung. Für das vorliegende Kapitel bleibt ein kurzer Blick auf das Verhältnis der Vertragshaftung zur Deliktshaftung und die Vorstellung von Sonderkaufrechten innerhalb und außerhalb des BGB.

---

## *II. Kaufvertrag und deliktische Haftung*

Ansprüche aus unerlaubter Handlung werden nicht von dem kaufrechtlichen Mängelhaftungsrecht ausgeschlossen. Das Deliktsrecht ist von der vertraglichen Haftung vollkommen unabhängig. Es gilt sowohl mit seinen positiven (vgl. z.B. §§ 844 f. BGB) als auch mit seinen negativen (vgl. § 831 BGB) Besonderheiten. Relevant wird das Konkurrenzverhältnis einerseits, wenn die unerlaubte Handlung zugleich das arglistige Täuschen über die Mangelfreiheit einer Sache bzw. das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften darstellt, andererseits, wenn nur ein Teil der verkauften Sache mangelhaft ist und ein anderer Teil oder die Restsache als Mangelfolge später beschädigt werden (sog. weiterfressender Mangel).

### **1. Arglistiges Täuschen über die Mangelfreiheit einer Sache bzw. das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften (vgl. BGH NJW 1960, 237)**

Das arglistige Täuschen verstößt gegen die guten Sitten. Dem Getäuschten stehen demgemäß vorbehaltlich des Vorliegens aller sonstigen Voraussetzungen Ansprüche aus § 826 BGB bzw. auch aus §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB zu. Hat der Geschädigte den Kaufvertrag nach § 123 BGB angefochten, so kann er nach den in der Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelten Grundsätzen regelmäßig nur den Ersatz des negativen Vertragsinteresses nach dem deliktischen Haftungsrecht verlangen, d.h. die Herstellung des Vermögenszustandes, wie er sich ohne den geschlossenen Vertrag darstellen würde (§§ 823 ff. i.V.m. § 249 BGB). Hat der getäuschte Käufer den Vertrag nicht rechtswirksam angefochten, steht dem Geschädigten das positive Interesse aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 bzw. 283 BGB zu. Im Falle der wirksamen Anfechtung des Kaufvertrages ist dem Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 bzw. 283 BGB jedoch die Rechtsgrundlage entzogen. Es bleibt abschließend die Frage, ob dem Getäuschten auch im Falle einer Anfechtung bei dem Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung ausnahmsweise das Erfüllungsinteresse zusteht, wenn der Kaufvertrag vom Käufer aus demselben Grund rechtswirksam angefochten wurde, auf dem auch sein Schadensersatzanspruch beruht. Diese Auffassung hat das Reichsgericht in RGZ 103, 154 (160) vertreten. Zwischenzeitlich hatte sie sich auch in der Literatur zum alten Recht durchgesetzt. Das Reichsgericht führt dieses Ergebnis auf die Gleichheit des Rechtsgrundes zurück. Es erscheint in Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts auch auf das neue Recht bezogen nicht sinnvoll, bei derart ähnlichen Interessenlagen zu unterschiedlichen Rechtsfolgen zu gelangen.

### **2. Verursachung von Schäden bei mangelhafter Lieferung**

In diesem Zusammenhang ist die Frage interessant, ob die für kaufvertragliche Schadensersatzansprüche (nach einem Teil der Literatur auch für Mangelfolgeschäden) geltende Verjährungsvorschrift des § 438 BGB auch auf Schadensersatzansprüche wegen unerlaubter Handlung übergreift und die für diese Ansprüche geltende Regelverjährung gemäß §§ 195, 199 BGB bzw. die Verjährung aus § 12 ProduktHaftG verdrängt, wenn vertragliche und deliktische Schadensersatzansprüche aus demselben Sachverhalt hergeleitet werden. Der BGH hat sich bezogen auf das alte Recht erstmals in BGHZ 66, 315 damit beschäftigt. Die Literatur zum alten Recht verneinte überwiegend ein Übergreifen der kurzen Verjährung aus § 477 I BGB a.F. auf das Deliktsrecht (vgl. Günther Schmitz, in: NJW 1973, 2081-2085, Die Verjährung von Mangelfolgeschäden im Kauf- und Werkvertragsrecht). Auch der BGH hatte sich dagegen ausgesprochen. Er



begründete dies damit, dass es sich bei dem Zusammentreffen von Schadensersatzansprüchen aus Vertragsverletzung und solchen aus unerlaubter Handlung um eine echte Anspruchskonkurrenz handele, was dazu führe, dass jeder Anspruch nach seinen eigenen Voraussetzungen, seinem Inhalt und seiner Durchsetzung selbständig zu beurteilen sei und demnach auch seinen eigenen Verjährungsfristen unterliege. Vor allem treffe es nicht zu, dass ohne Erstreckung des § 477 Abs. 1 BGB a.F. auch auf konkurrierende deliktische Ansprüche der Zweck der kurzen Verjährungsregelung vereitelt und diese Vorschrift im Ergebnis ausgehöhlt würde.

Wenige Zeit zuvor hatte sich das OLG Düsseldorf (NJW 1975, 453) genau anders entschieden. Der gesetzgeberische Grund für die kurze Verjährungsfrist liege darin, dass die Ermittlung und Feststellung von Mängeln des Kaufgegenstandes nach längerem Zeitablauf kaum mehr durchführbar seien. Dieser Grundsatz gelte für die Verjährung der Ansprüche auf Ersatz von Mangelfolgeschäden ohne Rücksicht darauf, ob der Rechtsgrund im Verträge oder in unerlaubter Handlung liege. Die Verjährung solle in diesen Fällen nicht von der Zufälligkeit abhängen, ob der Folgeschaden an einem der in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter entstanden sei oder nicht. Andererseits sei es nicht einzusehen, warum es dem deliktisch Handelnden aus verjährungsrechtlicher Sicht zugute kommen solle, dass er zugleich noch eine vertragliche Pflicht verletzt habe.

Wie die Rechtsprechung diese Frage bezogen auf das neue Recht lösen wird, ist noch offen. Da sich an der Berechtigung der auch auf das neue Recht übertragbaren Argumente der Leitentscheidung des BGH zu dieser Frage im alten Recht nichts geändert hat und da die bisherigen Stellungnahmen in der Literatur ebenfalls von freier Anspruchskonkurrenz zwischen Gewährleistungsrecht und Deliktsrecht ausgehen (Weidenkaff, in: Palandt, § 438 Rdnr. 3; Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 438 Rdnr. 3; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 548; H.P. Westermann, NJW 2002, 241, 250), ist allerdings davon auszugehen, dass die Rechtsprechung auch im neuen Recht daran festhalten wird, dass § 438 BGB nicht auf deliktsrechtliche Ansprüche ausgedehnt werden kann.

Problematisch ist indes die Frage, ob eine Eigentumsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB vorliegt, wenn infolge eines Mangels der Kaufsache unversehrte Teile der Kaufsache beschädigt werden (weiterfressender Schaden). Der BGH hatte im Rahmen der Produzentenhaftung über zwei zu dieser Fragestellung interessante Fallgestaltungen zu entscheiden. In BGHZ 67, 359 führte die Mangelhaftigkeit eines kleinen Teils der Kaufsache (Schwimmschalter) zu einem weitaus größeren Schaden an der gesamten Anlage. In BGHZ 86, 256 führte ein defekter Gaszug am

Gaspedal eines PKW zu einem Unfall mit erheblichem weiteren Sachschaden. Der BGH arbeitete bezogen auf das alte Recht für diese Fälle mit folgendem Regelsystem:

Grundsätzlich sei das Interesse des Käufers an der Bewahrung der erworbenen Sache vor ihrer Beschädigung oder Zerstörung nicht weniger schutzwürdig als das Integritätsinteresse an seinen anderen Sachen. Verwirkliche sich durch den Mangel der Sache ein weiterer Schaden an der gekauften Sache, der das Integritätsinteresse des Käufers berühre, so liege eine Eigentumsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB vor. Decke sich der Schaden mit dem Unwert, welcher der Sache wegen ihrer Mangelhaftigkeit von Anfang an schon bei ihrem Erwerb anhaftete, dann sei er allein auf enttäuschte Vertragserwartungen zurückzuführen, und es sei insoweit für deliktische Schadensersatzansprüche kein Raum.

Ob der BGH an dieser unter dem Stichwort „weiterfressender Mangel“ bekannt gewordenen Rechtsprechung im neuen Recht festhalten wird, ist offen. Da die Rechtsprechung aus der für den Geschädigten weitaus günstigeren Verjährungsregelung des Deliktsrechts gegenüber dem Kaufrecht resultierte und diese durch die Neuregelung zwar entschärft, aber keineswegs beseitigt ist, steht zu vermuten, dass der BGH und zunächst einmal die Untergerichte diese Rechtsprechung auch im neuen Recht weiterverfolgen werden (Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 548; mit offener Prognose: H.P. Westermann, NJW 2002, 241, 250).

Wir werden diese Fragen bei der Erörterung der außervertraglichen Haftung wieder aufgreifen.

---

### *III. Besondere Formen des Kaufs*

#### **1. Kauf auf Probe (§§ 454, 455 BGB)**

Beim Kauf auf Probe (oder Besicht) geht es nicht um ein Muster für einen späteren Kauf. Hier bekommt der Käufer sofort den Kaufgegenstand bzw. er darf ihn zumindest untersuchen, § 454 Abs. 2 BGB. Der Kauf soll jedoch nur dann gelten, wenn der Käufer ihn innerhalb einer gewissen Zeit billigt. In der Entscheidung, ob er den Kauf gelten lassen möchte oder nicht, ist der Käufer gemäß § 454 Abs. 1 S. 1 BGB völlig frei. Eine Ablehnung des Kaufs muss also insbesondere nicht auf objektiv nachprüfbar Kriterien beruhen. Die Entscheidung ist vielmehr gänzlich in das Belieben des Käufers gestellt.

**Beispiel:** Ein Landwirt erwirbt einen Traktor auf Probe. Obwohl dieser ganz hervorragend funktioniert und auch die Arbeit des Landwirts erheblich erleichtert, bringt Letzterer das Gefährt mit den Worten „er habe es sich anders überlegt“ zurück. Hier ist der Kaufvertrag unwirksam, obwohl keinerlei objektiven Gründe für die Nichteignung des Traktors gegeben sind und die Ablehnung allein auf einer „Laune“ des Landwirts beruht.

Gemäß § 454 Abs. 1 S. 2 BGB handelt es sich beim Kauf auf Probe im Zweifel um einen aufschiebend bedingten Kauf (diese Konzeption wird teilw. kritisiert, vgl. Larenz SchR II/1, § 44 I). Die Bedingung tritt ein, wenn der Käufer dem Verkäufer die Billigung des Kaufs erklärt. Verweigert der Käufer die Billigung, so ist der Kauf endgültig unwirksam. Gleiches gilt, wenn innerhalb einer vom Verkäufer bestimmten Frist keine Erklärung erfolgt, es sei denn, der Verkäufer hat dem Käufer die Sache zur Prüfung schon übergeben. Im letzteren Fall gilt das Schweigen des Käufers als Billigung, § 455 S. 2 BGB.

Eine Besonderheit des Kaufs auf Probe ist, dass die Preisgefahr hier trotz Übergabe (vgl. zur allgemeinen Regelung § 446 BGB) nicht beim Käufer liegt, denn dieser muss nach einem etwaigen zufälligen Untergang der Sache nur seine Billigung versagen, um sich seiner Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung zu entziehen.

**Beispiel:** Gesetzt den Fall, der Landwirt testet im oben genannten Beispiel den Traktor einen Tag und möchte ihn nun doch behalten. Bevor er dies dem Verkäufer jedoch erklärt, brennt die Scheune und der darin abgestellte Traktor ab. Nunmehr wird der Landwirt dem Verkäufer die Ablehnung des Kaufs erklären. Damit wird der Kaufvertrag endgültig unwirksam und der Landwirt ist nicht zur Kaufpreiszahlung verpflichtet.

Vom Kauf auf Probe muss der Prüfungskauf und der Kauf mit Umtauschberechtigung unterschieden werden. Welche Art des Kaufes von den Parteien gewollt ist, ist - wie immer - durch Auslegung der Vereinbarung zu ermitteln.

Beim Prüfungskauf (Erprobungskauf) handelt es sich um einen Kauf, der ebenso wie der Kauf auf Probe unter der Bedingung der Billigung durch den Käufer steht. Anders als beim Kauf auf Probe ist beim Prüfungskauf die Billigung jedoch nicht völlig in das Ermessen des Käufers gestellt. Der Käufer, der seine Billigung versagen will, muss vielmehr objektive Gründe dafür nachweisen, dass die Kaufsache für ihn nicht geeignet ist.

**Beispiel:** Im Traktorbeispiel kann der Landwirt also nicht allein aus einer „Laune“ heraus den Kauf ablehnen, wenn der Traktor für die beim Kaufabschluss genannten Arbeiten vollkommen geeignet ist.

Beim Kauf mit Umtauschberechtigung handelt es sich um einen unbedingten Kaufvertrag, der mit Abschluss für beide Parteien voll wirksam und demnach bindend ist. Dem Käufer ist jedoch die Möglichkeit eingeräumt, gegen Rückgabe der (unversehrten) ursprünglichen Kaufsache eine andere zu verlangen. Das Umtauschrecht ist ein Gestaltungsrecht. Meistens ist der Umtausch nur innerhalb einer bestimmten vereinbarten Frist möglich. Geht die Kaufsache unter oder wird sie beim Käufer wesentlich verschlechtert, so ist der Umtausch ausgeschlossen. Hier trägt also - anders als beim Kauf auf Probe - der Käufer nach Übergabe der Kaufsache die Gefahr des zufälligen Unterganges.

**Beispiel:** Beim Kauf einer Hose wird ein Umtauschvorbehalt vereinbart. Hier kann der Käufer, dem seine Ehefrau später mitteilt, dass die Hose ihm überhaupt nicht stünde und dass sie sich keinesfalls mit ihm in diesem „Ungetüm“ sehen lassen würde, sich zwar nicht vom Kauf lösen. Er kann die Hose aber in eine andere umtauschen (wobei er diesmal vielleicht seine Ehefrau besser gleich mitnehmen sollte). Reißt er aber ein Loch in die Hose, so ist der Umtausch ausgeschlossen, da er nunmehr die Sache nicht mehr unversehrt zurückgeben kann.

## **2. Vorkauf und Wiederkauf**

### *a. Wiederkauf, §§ 456 bis 462 BGB*

Vereinbaren die Parteien eines Kaufvertrages ein Wiederkaufsrecht (=Rückkaufsrecht), so kann der Verkäufer durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung den Rückkauf des Kaufgegenstandes bewirken. Eine solche Vereinbarung kommt z.B. dann in Betracht, wenn der Verkäufer einen Gegenstand, an dem ihm eigentlich liegt, aufgrund eines Geldmangels verkaufen muss, sich aber für den Fall, dass er wieder zu Geld kommt, die Möglichkeit eröffnen will, den Gegenstand zurückzukaufen.

Die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts kann im ursprünglichen Kaufvertrag oder später getroffen werden. Soweit der Kaufvertrag einer bestimmten Formvorschrift unterliegt, muss auch die Vereinbarung des Wiederkaufsrechts in dieser Form erfolgen. Von der Rechtsprechung wird die Vereinbarung als aufschiebend bedingter Rückkauf angesehen, bei dem die Bedingung die Willenserklärung des Verkäufers ist (BGHZ 38, 369; a.A. Esser/Weyers, Schuldrecht Band II, Teilband 1, 8. Aufl. 1998, § 10, 2: Gestaltungsrecht, das das Rückkaufverhältnis zustandebringt).

Die Willenserklärung, mit welcher der Verkäufer sein Wiederkaufsrecht ausübt, bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form (§ 456 Abs. 1 S. 2 BGB).

Die Erklärung muss innerhalb der vertraglich oder gesetzlich bestimmten Frist zugehen, § 462 BGB. Steht das Rückkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im Ganzen ausgeübt werden, § 461 BGB.

Durch die Ausübung des Wiederkaufsrechts tritt die Bedingung ein, der (Rück)Kaufvertrag wird also voll wirksam und die Parteien treffen die in § 433 BGB genannten Verpflichtungen. Der Käufer (=Wiederverkäufer) muss die Sache herausgeben und übereignen und der Verkäufer (=Wiederkäufer) ist verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen. Ist in der Wiederverkaufsvereinbarung kein Kaufpreis festgelegt, so hat der Wiederkäufer im Zweifel den im ursprünglichen Kaufvertrag vereinbarten Preis zu zahlen, § 456 Abs. 2 BGB. Hat der Wiederverkäufer Verwendungen auf den Kaufgegenstand gemacht, die den Wert des Gegenstandes erhöht haben, so hat der Wiederkäufer diese auf Verlangen zu ersetzen, § 459 S. 1 BGB. Hat der Wiederverkäufer den Kaufgegenstand mit einer Einrichtung versehen, so kann er diese wegnehmen, §§ 459 S. 2, 258 BGB.

Aufgrund der Wiederkaufsvereinbarung trifft den Käufer (=Wiederverkäufer) auch schon vor Ausübung des Wiederkaufsrechts die Pflicht zur Erhaltung der Kaufsache. Diese Verpflichtung erklärt sich daraus, dass der Käufer ja schon nach der Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts mit einer eventuellen Ausübung des Rechts rechnen muss, die ihn zur Rückübereignung verpflichten würde. Verletzt der Käufer seine Erhaltungspflicht schuldhaft, so ist er dem Verkäufer zum Schadensersatz verpflichtet, § 457 Abs. 2 S. 1 BGB. Das Gleiche gilt, wenn er den Gegenstand wesentlich verändert hat. Ist der Kaufgegenstand unverschuldet verschlechtert oder unwesentlich verändert worden, so hat der Käufer keinen Schadensersatz zu leisten und auch eine Minderung des Kaufpreises ist ausgeschlossen, § 457 Abs. 2 S. 2 BGB. Verfügt der Käufer nach Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts über den Kaufgegenstand, so ist er nach Ausübung des Rechts verpflichtet, die durch die Verfügung begründeten Rechte Dritter zu beseitigen, § 458 BGB.

#### *b. Vorkauf, §§ 463 bis 473 BGB*

Das Vorkaufsrecht gibt dem Berechtigten die Befugnis, einen Gegenstand von einem anderem käuflich zu erwerben, sobald dieser den Gegenstand an einen Dritten verkauft, § 463 BGB. In der Regel wird ein Vorkaufsrecht vereinbart, weil dem Berechtigten an dem Erwerb des Gegenstandes gelegen ist, der Verpflichtete den Gegenstand derzeit aber noch nicht veräußern will.

**Beispiel:** Der Mieter eines Hauses möchte das Grundstück erwerben. Der Vermieter möchte es jedoch noch behalten. Durch die Vereinbarung eines

Vorkaufsrechts wird dem Mieter die Möglichkeit eingeräumt, das Grundstück wenigstens dann zu erwerben, wenn der Vermieter es ohnehin verkaufen will.

Ein Vorkaufsrecht kann vertraglich vereinbart werden oder auf Gesetz (Bsp.: §§ 2034 ff. BGB, § 24 BauGB) beruhen.

Nach der Rechtsprechung ist die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts ein doppelt bedingter Kaufvertrag (vgl. Soergel/Huber, Vor § 504, Rdnr. 7 m.N.; anders die herrschende Meinung in der Literatur, die das Vorkaufsrecht als Gestaltungsrecht ansieht, s. z.B. Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 463 Rdnr. 1), der zum einen unter der Bedingung des Abschlusses eines Kaufvertrages mit einem Dritten und zum anderen unter der Bedingung der Ausübung des Vorkaufsrechts steht.

Die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts bedarf nach h.M. der Form wie ein Kaufvertrag über denjenigen Gegenstand, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht, da schon durch die Vereinbarung eine bedingte Verpflichtung zur Veräußerung des Grundstücks bewirkt wird. Insbesondere bei Grundstücken ist danach die Form des § 311 b Abs. 1 BGB einzuhalten (Weidenkaff, in: Palandt, § 463 Rdnr. 2).

Das Vorkaufsrecht kann nur dann ausgeübt werden, wenn der Vorkaufsverpflichtete mit einem Dritten einen wirksamen Kaufvertrag abschließt, § 463 BGB. Schließt der Vorkaufsverpflichtete mit einem Dritten einen anderen Veräußerungsvertrag, z.B. eine Schenkung oder einen Tausch, so ist die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht möglich. Genauso wenig berechtigt der Abschluss eines nichtigen Kaufvertrages zur Ausübung des Vorkaufsrechts. Bei Vorliegen eines gültigen Kaufvertrages ist die Ausübung des Vorkaufsrechts weiterhin regelmäßig in den Fällen der §§ 470, 471 BGB ausgeschlossen.

Schließt der Vorkaufsverpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag ab, so muss er dem Vorkaufsberechtigten unverzüglich über den Inhalt des Vertrages informieren, § 469 Abs. 1 BGB. Diese Mitteilung soll dem Vorkaufsberechtigten die Entscheidung darüber ermöglichen, ob er das Vorkaufsrecht ausüben will.

Das Vorkaufsrecht wird wie das Wiederkaufsrecht durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Vorkaufsberechtigten gegenüber dem Vorkaufsverpflichteten ausgeübt. Diese Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag vorgeschriebenen Form, § 464 Abs. 1 S. 2 BGB (diese Bestimmung wird von denjenigen angezweifelt, die für die Vereinbarung des Vorkaufsrechts keine Form verlangen, vgl. Medicus, SchR-BT, § 83 I.4a.). Sie muss innerhalb der vereinbarten oder gesetzlich bestimmten Frist erfolgen, § 469 Abs. 2 BGB, wobei Voraussetzung für den Fristbeginn die vollständige und richtige Mitteilung nach

§ 469 Abs. 1 BGB ist, § 469 Abs. 2 S. 1 BGB. Steht das Vorkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im Ganzen ausgeübt werden, § 472 BGB.

Mit der Ausübung wird der Kaufvertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten mit demselben Inhalt wirksam, den der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hatte. Nähere Regelungen der gegenseitigen Verpflichtungen finden sich in den §§ 466 bis 468 BGB.

Der Kaufvertrag mit dem Dritten wird durch die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht berührt. Der Verkäufer bleibt also auch dem Dritten gegenüber grundsätzlich zur Leistung verpflichtet. Da er damit zwei verschiedenen Käufern gegenüber zur Leistung verpflichtet ist, aber nur einen Anspruch erfüllen kann, macht er sich gegenüber der Partei, der gegenüber er nicht erfüllt, schadensersatzpflichtig. Es empfiehlt sich für den Verpflichteten daher, den Verkauf an den Dritten entweder unter die Bedingung zu stellen, dass der Vorkaufsberechtigte sein Recht nicht ausübt, oder ein Rücktrittsrecht für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts zu vereinbaren. Bedingung wie Rücktrittsrecht haben keine Auswirkung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten, § 465 BGB, da ansonsten dessen Vorkaufsrecht vereitelt würde.

Der Vorkaufsberechtigte erwirbt durch die Ausübung seines Rechts auch keinerlei Ansprüche gegen den Dritten. Die §§ 463 BGB ff. geben dem Berechtigten nur ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht, das ausschließlich den Verpflichteten bindet. Dies ist anders als beim dinglichen Vorkaufsrecht an einem Grundstück nach den §§ 1094 ff. BGB. Ein solches dingliches Vorkaufsrecht, das durch die Parteien rechtsgeschäftlich durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch (§§ 873, 1094 BGB) begründet werden kann, wirkt auch gegen Dritte.

Gemäß § 473 S. 1 BGB ist das Vorkaufsrecht nicht übertragbar und geht auch in der Regel nicht auf den Erben über (Ausnahme: § 473 S. 2 BGB). § 473 S. 1 BGB regelt nach h.M. ein relatives Veräußerungsverbot i.S.d. § 135 BGB. Eine Abtretung mit Einverständnis des Vorkaufsverpflichteten ist möglich.

Das Vorkaufsrecht muss gegenüber einigen ähnlichen Instituten abgegrenzt werden. Der Vorvertrag ist kein doppelt bedingter Vertrag (bzw. Gestaltungsrecht nach der oben erwähnten Literaturauffassung), sondern gibt nur einen Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages. Anders als beim Vorkaufsrecht sind für diesen Abschluss des Hauptvertrages nochmals zwei Willenserklärungen notwendig. Bei der Option hingegen kann der Berechtigte wie beim Vorkaufsrecht durch einseitige Erklärung einen Vertrag mit dem Inhalt zustande bringen, der im Optionsvertrag genannt ist. Dieses Recht kann jedoch unabhängig von einem Verkauf an einen

Dritten ausgeübt werden. Eine Vorhand begründet nur die Pflicht, den Gegenstand zunächst dem Vorhandberechtigten anzubieten, wenn ein Verkauf geplant ist. Sie begründet jedoch keine Pflicht zum Abschluss eines Vertrages mit einem bestimmten Inhalt.

### **3. Kauf unter Eigentumsvorbehalt**

Normalerweise bedarf der Verkäufer keiner Sicherung seiner Kaufpreisforderung, denn nach § 320 BGB kann er die von ihm geschuldete Leistung, also Übereignung und Übergabe des Kaufgegenstandes, bis zur Kaufpreiszahlung verweigern. Oftmals wird der Verkäufer dem Käufer die Kaufpreiszahlung aber stunden und ihm somit die Sache übereignen und übergeben, bevor der Kaufpreis entrichtet wurde. Hier bedarf der Verkäufer einer Kreditsicherheit. Ein häufiges Mittel zur Sicherung gestundeter Kaufpreisforderungen stellt der in § 449 BGB ansatzweise geregelte Eigentumsvorbehalt dar.

Obwohl der Eigentumsvorbehalt im Besonderen Schuldrecht erwähnt ist, liegen seine Hauptprobleme im Sachenrecht und er ist demgemäß dort bzw. im Kreditsicherungsrecht näher zu behandeln. An dieser Stelle soll demgemäß nur ein kleiner Überblick über das Rechtsinstitut gegeben werden.

Beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt schließen die Parteien einen unbedingten Kaufvertrag. Die Übereignung der Kaufsache nach § 929 S. 1 BGB erfolgt jedoch im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung (Auslegungsregel des § 449 Abs. 1 BGB). Der Käufer wird also erst dann Eigentümer der Kaufsache, wenn er den Kaufpreis gezahlt hat (§ 158 Abs. 1 BGB). Der Verkäufer ist damit durch das Eigentum an der Kaufsache gesichert: Der Käufer kann die Sache nicht als Berechtigter weiterveräußern. Sofern Gläubiger des Käufers in die Sache vollstrecken wollen, kann der Verkäufer gegen diese Vollstreckung gemäß § 771 ZPO vorgehen. Im Falle der Insolvenz des Käufers hat der Verkäufer die Möglichkeit der Aussonderung, § 47 InsO.

Möglich, aber ungebräuchlich ist auch („im Zweifel“!), dass die Parteien eine auflösende Bedingung eines Zahlungsverzuges des Käufers vereinbaren. Bei einer solchen auflösenden Bedingung wird der Käufer zunächst Eigentümer. Das Eigentum fällt jedoch wieder an den Verkäufer zurück, wenn der Käufer in Zahlungsverzug gerät. Bei der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung ist der Verkäufer gegen Verfügungen des berechtigten (!) Käufers durch § 161 Abs. 2 BGB geschützt.



Zu beachten ist, dass die Übertragung des Eigentums nur bei Mobilien von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann. Bei Grundstücken hingegen ist eine bedingte Übereignung gemäß § 925 Abs. 2 BGB nicht möglich. Daher kann beim Verkauf von Grundstücken kein Eigentumsvorbehalt vereinbart werden.

§ 449 Abs. 1 BGB enthält nach den dargelegten Grundsätzen eine sachenrechtliche Regelung - die Auslegungsregel bezieht sich auf die dingliche Einigung. Eine schuldrechtliches Sonderrücktrittsrecht vom Kaufvertrag für den Fall des Zahlungsverzuges des Vorbehaltskäufers, wie es das alte Recht kannte (vgl. § 455 Abs. 1 BGB a.F.), gibt es im neuen Recht nicht mehr. Bei Leistungsverzögerung oder einer sonstigen Pflichtverletzung auf Seiten des Käufers kann der Verkäufer demnach nur nach den allgemeinen Regeln (§§ 323, 324 BGB), also grundsätzlich erst nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen Nachfrist, vom Kaufvertrag zurücktreten. Mit dem Rücktritt endet das aus dem Kaufvertrag folgende Recht des Käufers zum Besitz (§ 986 BGB) und der Verkäufer kann nunmehr die Sache vom Käufer herausverlangen (§ 449 Abs. 2 BGB).

Der Eigentumsvorbehalt wird gewöhnlich im Kaufvertrag vereinbart. Es ist jedoch auch möglich, den Eigentumsvorbehalt erst später, etwa bei Lieferung, zu vereinbaren. In derartigen Fällen muss jedoch stets darauf geachtet werden, dass die in einer solchen Vereinbarung zu sehende Vertragsänderung einer Einigung der Parteien bedarf, also nicht einseitig durch den Verkäufer herbeigeführt werden kann.

**Beispiel:** K kauft bei V einen Fernseher. K und V vereinbaren, dass das Gerät am nächsten Tag mit der Rechnung geliefert werden soll. Als K das Gerät am nächsten Tag erhält, findet er auf der Lieferung den Vermerk: „Die Ware bleibt bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises mein Eigentum“. K ruft sofort empört bei V an und stellt diesen zur Rede. Er wolle keinesfalls nur bedingtes Eigentum erwerben, sondern bestehe auf unbedingter Übereignung.

Hier haben die Parteien keinen Eigentumsvorbehalt vereinbart. Die einseitige Erklärung des V konnte den Kaufvertrag allein auch nicht ändern. Somit ist V aus dem Kaufvertrag zur unbedingten Übereignung des Fernsehers verpflichtet.

Sachenrechtlich hat V dem K jedoch nur die bedingte Übereignung angeboten. Da K eine bedingte Übereignung jedoch ausdrücklich abgelehnt hat, ist keine Einigung i.S.d. § 929 S. 1 BGB zustande gekommen.

V ist somit immer noch Eigentümer des Fernsehers, während K immer noch einen Anspruch auf unbedingte Übereignung hat.

Etwas problematischer wäre der Beispielsfall, wenn K sich gegenüber V nicht geäußert hätte. Dann wäre fraglich, ob K nicht durch die Annahme des Geräts das Angebot des V auf bedingte Übereignung konkludent angenommen hätte (teilweise wird dies vertreten mit dem Argument, bedingtes Eigentum sei für K schließlich besser als gar kein Eigentum). Selbst dann wäre K jedoch mangels einer Vertragsänderung immer noch berechtigt, die unbedingte Übereignung zu fordern.

Wichtige Sonderformen des Eigentumsvorbehalts stellen der erweiterte und der verlängerte Eigentumsvorbehalt dar. Die Erörterung dieser Institute soll jedoch späteren Vorlesungen zum Kreditsicherungsrecht vorbehalten bleiben.

#### **4. Der Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB)**

Der Gesetzgeber hat die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zum Anlass genommen, das gesamte Kaufrecht nach dem Vorbild dieser Richtlinie umzugestalten, weil er verhindern wollte, dass stark voneinander abweichende, in sich geschlossene Kaufrechtssysteme nebeneinander existieren. Lediglich bei gewissen spezifisch verbraucherschützenden Vorgaben der Richtlinie schien dem Gesetzgeber die Umsetzung ins allgemeine Kaufvertragsrecht nicht angemessen. Für diese wenigen Sonderregeln hat der Gesetzgeber einen eigenen mit „Verbrauchsgüterkauf“ überschriebenen Untertitel geschaffen, der die §§ 474 bis 479 BGB umfasst und der nunmehr ebenso wie die Regeln des Handelskaufs (§§ 373 ff. HGB) bei Beteiligung bestimmter Personen am Kaufvertrag (Verbraucher - Unternehmer: §§ 474 bis 477 BGB; Unternehmer - Unternehmer: §§ 478 bis 479 BGB) auf dem allgemeinen Kaufvertragsrecht aufbauend und dieses modifizierend zur Anwendung kommt.

##### *a. Anwendungsbereich (§ 474 Abs. 1 BGB)*

In § 474 Abs. 1 S. 1 BGB wird der Verbrauchsgüterkauf legaldefiniert als Kaufvertrag, bei dem ein Verbraucher (§ 13 BGB) von einem Unternehmer (§ 14 BGB) eine bewegliche Sache kauft. Es genügt also nicht alleine, dass an dem Kaufvertrag je ein Unternehmer und ein Verbraucher beteiligt sind, sondern entscheidend ist, dass der Verbraucher auch die Käuferrolle einnimmt und der Unternehmer die Verkäuferrolle. Daraus folgt im praktischen Ergebnis, dass die §§ 474 ff. BGB bei Kaufverträgen von Verbrauchern oder Unternehmern untereinander oder bei denen Verbraucher Unternehmern etwas verkaufen nicht zur Anwendung kommen. Ebenso wenig greifen sie beim Grundstückskauf ein (vgl. Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 474 Rdnr. 2).

*b. Verbraucherschützende Sonderregeln (§§ 474 Abs. 2 bis 477 BGB)*

*i. Gefahrtragung (§ 474 Abs. 2 BGB)*

Gemäß der für die Praxis sehr bedeutsamen Vorschrift des § 474 Abs. 2 BGB findet § 447 BGB auf den Verbrauchsgüterkauf keine Anwendung. Trotz Vereinbarung einer Schickschuld (Versendungskauf) wird der Verbraucher dadurch vor dem Übergang der Preisgefahr geschützt. Damit hat der Gesetzgeber die Rechtslage in Übereinstimmung mit dem Gerechtigkeitsgefühl vieler Verbraucher gebracht, die beim Eingreifen des § 447 BGB (Anspruch des Unternehmers auf Kaufpreiszahlung, obwohl die Sache untergegangen ist) oft die Welt nicht mehr verstanden. Überdies lag § 474 Abs. 2 BGB die Erwägung zu Grunde, dass es sinnvoller ist, das Risiko des zufälligen Untergangs des Kaufgegenstandes derjenigen Partei aufzuerlegen, die eher als die andere imstande ist, dieses Risiko abzuwenden oder zu verringern oder Vorsorge gegen die Schadensfolgen zu treffen, indem sie etwa das Beförderungsrisiko versichert (Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 474 Rdnr. 6).

*ii. Ausschluss der Nutzungsentschädigung (§ 474 Abs. 2 BGB)*

Eine weitere Regelung in § 474 Abs. 2 BGB schließt den Nutzungsersatzanspruch aus, der sich für den Verkäufer ergibt, wenn er zur Nacherfüllung eine neue Sache liefert und der Käufer die zuerst gelieferte mangelhafte Sache zurückgibt. Diese Regelung fand sich nicht von Anfang an (2002) in der Regelung des Verbrauchsgüterkaufs. Sie wurde erst im Jahre 2008 eingeführt, nachdem der Europäische Gerichtshof die Gewährung der Nutzungsentschädigung im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs für europarechtswidrig erklärt hatte.

*iii. Ausgestaltung der verbraucherschützenden Regeln als zwingendes Recht (§ 475 BGB)*

In Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Art. 7) ordnet § 475 Abs. 1 S. 1 BGB an, dass der Unternehmer sich beim Verbrauchsgüterkauf auf eine vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer getroffene Vereinbarung, die zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443 sowie den Vorschriften zum Verbrauchsgüterkauf abweicht, nicht berufen kann. Damit werden zu Gunsten des Verbraucherkäufers alle dem Käufer günstigen Vorschriften des Kaufrechts und die Regeln des Verbrauchsgüterkaufs grundsätzlich unabdingbar und sind auch vor nicht in AGB, sondern individualvertraglich vereinbarten Vertragsklauseln sicher. Dies gilt allerdings ausweislich des eindeutigen Wortlauts des § 475 Abs. 1 BGB nur für solche nachteilige

Vereinbarungen, die Mängel betreffen, die vor Abschluss der Vereinbarung dem Unternehmerverkäufer noch nicht mitgeteilt worden waren. Vereinbarungen, die sich auf bereits dem Verkäufer mitgeteilte Mängel beziehen, insbesondere also Vergleiche (§ 779 BGB), werden durch § 475 Abs. 1 S. 1 BGB nicht ausgeschlossen. Schließlich wird die von § 475 Abs. 1 S. 1 BGB angeordnete Unabdingbarkeit der den Verbraucherkäufer schützenden Normen durch ein generalklauselartiges Umgehungsverbot in § 475 Abs. 1 S. 2 BGB umfassend abgesichert.

Speziell bezogen auf die Verjährung konkretisiert § 475 Abs. 2 BGB das Abbedingungsverbot des § 475 Abs. 1 BGB dahin, dass eine vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer getroffene verjährungserleichternde Vereinbarung beim Verbrauchsgüterkauf nur wirksam ist, wenn sie von einer Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn von mindestens zwei Jahren, bei gebrauchten Sachen von mindestens einem Jahr führt. Da - von wenigen Kaufgegenständen abgesehen (vgl. § 438 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 BGB) - für die große Mehrzahl der Kaufgegenstände ohnehin eine Verjährungsfrist von zwei Jahren läuft (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB), führt § 475 Abs. 2 BGB im praktischen Ergebnis dazu, dass beim Verbrauchsgüterkauf über neue Sachen von der gesetzlichen Verjährungsfrist fast nie (nochmals: Ausnahmen nur in den Fällen der § 438 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB) abgewichen werden kann. Dies wird insbesondere dadurch gewährleistet, dass § 475 Abs. 2 BGB den Zeitpunkt des gesetzlichen Verjährungsbeginns ausdrücklich erwähnt und damit sicherstellt, dass auch Verjährungserleichterungen durch die Vorverlegung des gesetzlichen Verjährungszeitpunktes (z.B. von der Ablieferung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses etc.) den gesetzlichen Schutzstandard nicht unterlaufen dürfen (Weidenkaff, in: Palandt, § 475 Rdnr. 13). Demgegenüber ist bei gebrauchten Sachen die Gewährleistung einer unentziehbaren Verjährungsfrist auf ein Jahr begrenzt. Demgemäß kann der Auslegung des Begriffs „gebrauchte Sache“ bei der Anwendung des § 475 Abs. 2 BGB erhebliche Bedeutung zukommen. So wird darüber diskutiert, wann ein Neuwagen im Sinne des § 475 Abs. 2 BGB als „gebrauchte Sache“ angesehen werden darf. Eine Formal- bzw. Tageszulassung soll dazu nach zutreffender Ansicht jedenfalls solange nicht ausreichen, wie der Pkw noch nicht tatsächlich zum Zweck der Teilnahme am Straßenverkehr in Gebrauch genommen wurde (Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 475 Rdnr. 2).

#### *iv. Beweislastumkehr gemäß § 476 BGB*

§ 476 BGB modifiziert die Beweislastverteilung für die gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfe zu Gunsten des Verbraucherkäufers, indem er für den Fall, dass sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang

(vgl. § 446 BGB) ein Sachmangel zeigt, die Beweislast dafür, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorhanden war, umkehrt. Muss nämlich nach den allgemeinen Regeln der Käufer diese anspruchsbegründende, von allen gewährleistungrechtlichen Rechtsbehelfen geforderte Anspruchsvoraussetzung darlegen und ggf. beweisen, so wird das Vorliegen dieser Voraussetzung im Anwendungsbereich des § 476 BGB vermutet, mit der Folge, dass der Verkäufer seine etwaige Behauptung, der Mangel sei erst nach Gefahrübergang (z.B. infolge unsachgemäßer Benutzung durch den Käufer) entstanden, voll beweisen muss.

*v. Sonderbestimmungen für Garantien (§ 477 BGB)*

§ 477 BGB modifiziert zu Gunsten des Käufers die Regelung des § 443 BGB über die unselbständige Garantie (z.B. in Form der Beschaffenheits- oder Haltbarkeitsgarantie), die im Gegensatz zum Sachmängelgewährleistungsrecht das Vorliegen eines Mangels nicht vom Zeitpunkt des Gefahrübergangs abhängig macht und im Gegensatz zum selbständigen Garantieverprechen keinen über die Sachmängelfreiheit hinausgehenden Erfolg bezweckt (vgl. Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 443 Rdnr. 1). § 477 BGB stellt an Form und Inhalt solcher unselbständiger Garantieerklärungen im Sinne des § 443 BGB besondere Anforderungen.

Eine solche Garantieerklärung muss:

- einfach und verständlich abgefasst sein (§ 477 Abs. 1 S. 1 BGB)
- den Hinweis auf die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers sowie darauf enthalten, dass diese durch die Garantie nicht eingeschränkt werden (§ 477 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB)
- den Inhalt der Garantie und alle wesentlichen Angaben, die für deren Geltendmachung erforderlich sind, insbesondere die Dauer und den räumlichen Geltungsbereich des Garantieschutzes sowie Namen und Anschrift des Garantiegebers, enthalten (§ 477 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB)
- auf Verlangen des Verbrauchers diesem in Textform (§ 126b BGB) mitgeteilt werden (§ 477 Abs. 2 BGB).

Die Rechtsfolgen, die bei Nichteinhaltung der § 477 Abs. 1, 2 BGB eintreten, sind nur unzureichend geregelt. Klar ist insoweit nur, dass ein solcher Verstoß die Wirksamkeit der Garantieverpflichtung nicht berührt (§ 477 Abs. 3 BGB). Im Übrigen wird erwo-gen, dass man die § 477 Abs. 1, 2 BGB als gesetzliche Konkretisierung der Aufklärungspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB verstehen könnte, sodass deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB

(ggf. i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB) begründen könnte, der durchaus auch bei Kausalität der Pflichtverletzung für den Vertragsschluss auf Vertragsaufhebung gerichtet sein könnte (vgl. Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 477 Rdnr. 4). Überdies kann ein Verstoß gegen § 477 Abs. 1, 2 BGB unter Umständen wettbewerbsrechtliche Konsequenzen (§ 3 UWG) nach sich ziehen (Weidenkaff, in: Palandt, § 477 Rdnr. 14; Saenger, in: Handkommentar zum BGB, § 477 Rdnr. 5). Näheres zu diesen wettbewerbsrechtlichen Fragen muss indes einer späteren Veranstaltung zu diesem Rechtsgebiet vorbehalten bleiben.

### *c. Regress des Unternehmers beim Lieferanten (§§ 478, 479 BGB)*

Die grundsätzlich nicht abdingbaren käuferschützenden Regeln beim Verbrauchsgüterkauf (§ 475 BGB) belasten den Letztverkäufer sehr. Ferner droht diesem für den Fall, dass die Ware vor dem Verkauf eine gewisse Zeit auf seinem Lager liegt und der Mangel der Ware beim Verbraucher nicht sofort entdeckt wird, die Gefahr, dass er vom Verbraucherkäufer auf Gewährleistung in Anspruch genommen wird, während seine Rückgriffsansprüche gegen seinen Lieferanten (vgl. Legaldefinition in § 478 Abs. 1 BGB!) wiederum verjährt sind. Er läuft also bildlich gesprochen Gefahr, in die „Regressfalle“ zu geraten (Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 588), nach dem Motto: „Den letzten beißen die Hunde“. Wenn bis zum Letztverkäufer hin mehrere Lieferanten zwischengeschaltet sind, droht diese Gefahr ebenso jedem Lieferanten in der Lieferkette, die bis zum Hersteller reicht. Aufgabe der §§ 478, 479 BGB ist es, dem Letztverkäufer beim Verbrauchsgüterkauf einen Ausgleich für die Verbraucherschutzbedingten Belastungen des neuen Rechts zu geben und die Gefahr der „Regressfalle“ für den Letztverkäufer und seine Lieferanten in der Lieferkette abzumildern. Dies war nötig, um zu verhindern, dass die Belastungen aus den Fortschritten beim Verbraucherschutz einseitig zu Lasten des Einzelhandels oder der Zwischenhändler gehen (BT-Drucks. 14/6040, S. 247). Regelungstechnisch wird dies überwiegend durch Modifizierungen des allgemeinen Gewährleistungsrechts bewerkstelligt (§§ 478 Abs. 1, 3, 4, 5; 479 Abs. 2, 3 BGB) („unselbständiger Regressanspruch“ (Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 588) und nur ausnahmsweise durch Schaffung einer eigenständigen Anspruchsgrundlage für den Verkäuferregress in Lieferantenkette (§ 478 Abs. 2 BGB) („selbständiger Regressanspruch“ (Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnr. 588)). Dabei beruht die Regelung der §§ 478, 479 BGB auf dem Grundgedanken, dass der Rückgriff in der Lieferkette grundsätzlich innerhalb der jeweiligen Vertragsverhältnisse erfolgen soll (BT-Drucks. 14/6040, S. 247; vgl. auch: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 15. Kapitel, Rdnr. 23).

Im Einzelnen:

*i. Entbehrlichkeit der Fristsetzung gemäß § 478 Abs. 1 BGB*

Regelungstechnisch enthält § 478 Abs. 1 BGB keine Anspruchsgrundlage, sondern ebenso wie die §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2, 440 BGB eine Befreiung vom Fristsetzungserfordernis und damit einen Ausnahmetatbestand zum Prinzip des Vorranges der Nacherfüllung. Voraussetzung für das Eingreifen des § 478 Abs. 1 BGB ist, dass der Letztverkäufer einen Kaufgegenstand im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 Abs. 1 BGB) verkauft hat und dass es sich bei dem Kaufgegenstand um eine „neu hergestellte Sache“ handelte. Ferner muss der Letztverkäufer diese Sache seinerseits von einem Unternehmer (§ 14 BGB) erworben haben, den § 478 Abs. 1 BGB als „Lieferanten“ legaldefiniert. Schließlich setzt § 478 Abs. 1 BGB voraus, dass der Letztverkäufer den Kaufgegenstand infolge eines Mangels zurücknehmen musste oder dass der Verbraucher (§ 13 BGB) infolge des Mangels zu Recht den Kaufpreis gemindert hat. Dies bedeutet, dass man im Rahmen des § 478 Abs. 1 BGB inzident prüfen und bejahen muss, dass der Verbraucher im Zeitpunkt der Minderungserklärung oder Durchsetzung des Rechtsbehelfes, der zur Rücknahme der Kaufsache führte, gemäß §§ 437 Nr. 2, 440, 441 BGB mindern durfte bzw. einen Anspruch auf Rücknahme der Sache gegen Rückzahlung des Kaufpreises gegen den Letztverkäufer aus §§ 437 Nr. 2, 440, 323 bzw. 326 Abs. 5, 346 Abs. 1 BGB bzw. aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 bzw. 283 BGB bzw. § 311a Abs. 2 BGB („großer Schadensersatz“) hatte. Erfolgte die Rückabwicklung aus anderen Gründen, etwa weil der Verbraucherkäufer von einem vertraglich vereinbarten Rücktrittsrecht bzw. einem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht hat oder weil der Letztverkäufer die Sache aus „Kulanz“, etwa im Rahmen eines in der Geschäftspraxis üblichen „Umtauschs“, zurückgenommen hat, so greift § 478 Abs. 1 BGB nicht ein (BT-Drucks. 14/6040, S. 248).

Zusammenfassend ist der Letztverkäufer also bei der Geltendmachung der grundsätzlich fristsetzungsabhängigen Rechtsbehelfe des § 437 BGB gegen den Lieferanten unter folgenden Voraussetzungen vom Fristsetzungserfordernis gemäß § 478 Abs. 1 befreit:

- Der Kaufvertrag des Letztverkäufers mit dem Endabnehmer war ein Verbrauchsgüterkauf (§ 478 Abs. 1 BGB)
- Kaufgegenstand dieses Verbrauchsgüterkaufs war eine „neu hergestellte Sache“
- Der Verkäufer, von dem der Letztverkäufer den Kaufgegenstand erworben hat, war seinerseits Unternehmer (§ 14 BGB) (Legaldefinition des § 478 Abs. 1 BGB: „Lieferant“)

- Der Letztverkäufer hat infolge der Geltendmachung eines gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfs seitens des Endabnehmers die Kaufsache zurückgenommen bzw. der Endabnehmer hat die Minderung erklärt
- Der Endabnehmer war gegenüber dem Letztverkäufer auf Grund eines Mangels der Kaufsache (§§ 434, 435 BGB) zur Minderung bzw. zur Durchsetzung des Rücknahmebegehrens berechtigt

Bemerkenswert ist schließlich, dass § 478 Abs. 1 ebenfalls im Verhältnis der Vertragsbeziehungen der jeweiligen Lieferanten in der zum Letztverkäufer führenden Lieferkette entsprechend anwendbar ist (§ 478 Abs. 5 BGB) (vgl. dazu: Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rdnrn. 34 bis 36).

*ii. Anspruch auf Aufwendungsersatz gemäß § 478 Abs. 2 BGB*

Im Gegensatz zu § 478 Abs. 1 BGB enthält § 478 Abs. 2 BGB eine eigene Anspruchsgrundlage. Sie ist auf Ersatz derjenigen Aufwendungen gerichtet, die dem Letztverkäufer bei der Befriedigung des Nacherfüllungsbegehrens des Endabnehmers entstanden sind und die er diesem gegenüber gemäß § 439 Abs. 2 BGB zu tragen hatte. Die dabei von § 478 Abs. 2 BGB erfasste Grundkonstellation ist die Gleiche wie in § 478 Abs. 1 BGB: Es muss zwischen dem Letztverkäufer und seinem Endabnehmer ein Verbrauchsgüterkauf (§ 474 Abs. 1 BGB) über eine „neu hergestellte Sache“ zustande gekommen sein und der Verkäufer, der an den Letztverkäufer geliefert hat, muss Unternehmer (§ 14 BGB) gewesen sein. Des Weiteren muss auch hier dem Endabnehmer ein auf die geleistete Art der Nacherfüllung gerichteter Nacherfüllungsanspruch zugestanden haben, den der Letztverkäufer nicht durch die Erhebung der Einrede aus § 439 Abs. 3 bzw. aus § 275 Abs. 2 BGB abwenden konnte. Auch hier gilt also, wie bei § 478 Abs. 1 BGB, dass der Letztverkäufer, der nur zu Zwecken der „Kundenpflege“ Aufwendungen gemacht hat, zu denen er rechtlich nicht verpflichtet war, diese nicht an den Lieferanten „weiterreichen“ kann (BT-Drucks. 14/6040, S. 249). Schließlich erwähnt § 478 Abs. 2 BGB ausdrücklich die Voraussetzung, dass „der Verbraucher geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Unternehmer (gemeint ist der Letztverkäufer) vorhanden war“. Dies ist selbstverständlich auch im Falle des § 478 Abs. 1 BGB erforderlich, musste aber dort nicht eigens geregelt werden, da § 478 Abs. 1 BGB das Bestehen eines der in § 437 BGB aufgeführten Rechtsbehelfe im Verhältnis Letztverkäufer - Lieferant voraussetzt und diese gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfe ihrerseits alle voraussetzen, dass der Kaufgegenstand bei Gefahrübergang mangelbehaftet war (BT-Drucks. 14/6040, S. 249).



Auch hier nochmals kurz die Voraussetzungen des § 478 Abs. 2, der im Verhältnis der Lieferanten in der Lieferkette zueinander entsprechend gilt (§ 478 Abs. 5 BGB), im Überblick:

- Kaufvertrag über eine „neu hergestellte Sache“ zwischen dem Letztverkäufer und dem Anspruchsgegner, der Unternehmer (§ 14 BGB) war
- Die Kaufsache war im Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf den Letztverkäufer mangelhaft (§§ 434, 435 BGB)
- Verbrauchsgüterkauf (§ 474 Abs. 1 BGB) zwischen dem Letztverkäufer und einem Endabnehmer über eine „neu hergestellte Sache“
- Dem Letztverkäufer sind infolge des berechtigten, nicht durch Einrede aus §§ 439 Abs. 3, 275 Abs. 2 BGB abwendbaren, Nacherfüllungsbegehrens des Endabnehmers Aufwendungen entstanden, die er dem Endabnehmer gegenüber gemäß § 439 Abs. 2 BGB zu tragen hatte

*iii. Beweislastumkehr gemäß § 478 Abs. 3 BGB*

Die Beweislastumkehr des § 476 BGB, die das Vorliegen eines Sachmangels im relevanten Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf den Käufer betrifft, kommt nach § 478 Abs. 3 BGB auch dem Letztverkäufer im Verhältnis zu seinem Lieferanten zu Gute (beachte auch hier wieder für die Lieferkette: § 478 Abs. 5 BGB). Um aber auch hier die Schutzwirkung des § 476 BGB dem Letztverkäufer gegenüber optimal zur Geltung zu bringen, kommt § 476 BGB gemäß § 478 Abs. 3 BGB mit der Maßgabe zur Anwendung, dass die 6-Monatsfrist des § 476 BGB erst mit dem Gefahrübergang auf den Verbraucher zu laufen beginnt.

*iv. Unabdingbarkeit gewisser Schutznormen gemäß § 478 Abs. 4 BGB*

Gemäß § 478 Abs. 4 BGB kann der Lieferant sich gegenüber dem Letztverkäufer (bzw. der jeweilige Vorlieferant gegenüber dem Nachlieferanten in der Lieferkette: § 478 Abs. 5 BGB) nicht auf eine vor Mitteilung eines Mangels an den Lieferanten getroffene Vereinbarung berufen, die zum Nachteil des Letztverkäufers von den §§ 433 bis 435, § 437 (mit Ausnahme der Schadensersatzansprüche: vgl. § 478 Abs. 4 S. 2 BGB!), 439 bis 443 sowie von §§ 478 Abs. 1 bis 3, 479 BGB abweichen, wenn dem Letztverkäufer kein gleichwertiger Ausgleich eingeräumt wird. Wann ein Ausgleich „angemessen“ ist, hängt angesichts der Weite der Formulierung von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. Angesichts des in § 478 Abs. 4 BGB enthaltenen massiven Eingriffs in die Vertragsfreiheit von Unternehmern (!) sollten die Vorschrift allerdings großzügig ausgelegt und keine überzogenen Anforderungen an die Angemessenheit eines solchen Ausgleichs

gestellt werden. Als Beispiel für einen solchen Ausgleich schwebten dem Gesetzgeber etwa pauschale Abrechnungssysteme vor, bei denen zwar Einzelansprüche des Händlers gemäß § 478 Abs. 2 BGB ausgeschlossen werden, „die aber insgesamt auch den berechtigten Interessen des Händlers Rechnung tragen“ (BT-Drucks. 14/6040, S. 249).

*v. Sonderregeln für die Verjährung (§ 479 BGB)*

§ 479 Abs. 1 BGB war nötig, weil § 478 Abs. 2 BGB einen eigenständigen Anspruch enthält, der von der verjährungsrechtlichen Sonderregel des § 438 BGB nicht erfasst wird. Daher kommt dem § 479 Abs. 1 BGB die Aufgabe zu, für § 478 Abs. 2 BGB eine mit § 438 BGB harmonische Verjährungsregelung zu schaffen, was dadurch bewerkstelligt wird, dass der Aufwendungsersatzanspruch des § 478 Abs. 2 BGB einer mit § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB identischen Verjährungsregelung von zwei Jahren ab Ablieferung der Sache unterworfen wird. Damit ist die Ablieferung der Sache vom Lieferanten an den Letztverkäufer bzw. vom Lieferanten innerhalb der Lieferkette an seinen jeweiligen Käufer gemeint (Weidenkaff, in: Palandt, § 479 Rdnr. 4).

Im Übrigen gewährleistet insbesondere die Regelung des § 479 Abs. 2 BGB, dass die schon mehrfach beschworene „Regressfalle“ nicht zuschnappt, indem sämtliche gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfe (einschließlich des § 478 Abs. 2 BGB) des Letztverkäufers gegen seinen Lieferanten bzw. der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen ihre Lieferanten für die Zeit von zwei Monaten ab dem Zeitpunkt, in dem der Unternehmer die Ansprüche des Verbrauchers bzw. der jeweilige Lieferant in der Lieferkette die Ansprüche seines Käufers (§ 479 Abs. 3 BGB) erfüllt hat, einer Ablaufhemmung unterstellt. Diese Ablaufhemmung endet allerdings nach § 479 Abs. 2 S. 2 BGB spätestens fünf Jahre nach dem Zeitpunkt, in dem der Lieferant die Sache seinem jeweiligen Abkäufer abgeliefert hat.

## **5. Der Handelskauf**

Sind an einem Kaufgeschäft Kaufleute im Sinne der §§ 1 ff. HGB beteiligt, treffen wir auf Besonderheiten, die die Rechtsgeschäftslehre und damit den Allgemeinen Teil des BGB, den gutgläubigen Erwerb und damit das Sachenrecht des BGB und schließlich das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht und damit das Schuldrecht des BGB betreffen:

1. Regeln zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben;
2. Regeln zum gutgläubigen Erwerb (§ 366 HGB);

3. Regeln zur Untersuchungs- und Rügeobliegenheit (§ 377 HGB), wenn die gelieferte Sache mangelhaft ist.

Mit diesen Regeln wollen wir uns kurz auseinandersetzen.

*a. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben*

Die Lehre vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben besagt, dass der Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreiben dem Schreiben unverzüglich widersprechen muss, wenn er den Inhalt des Schreibens nicht gegen sich gelten lassen will. Widerspricht er nicht, so muss er den bestätigten Vertrag mit dem aus dem Bestätigungsschreiben ersichtlichen Inhalt hinnehmen, es sei denn, er wiese die Unredlichkeit des Absenders nach oder, dass das Schreiben von den vorausgegangenen Abreden so weit abweicht, dass der Absender vernünftigerweise nicht auf die Billigung vertrauen konnte. Dabei ist es unerheblich, ob die vorausgegangenen Verhandlungen bereits zu einem festen Vertragsabschluss geführt haben oder nicht (BGHZ 7, 187 (189 f.); K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, § 19 III 1 a).

*i. Die dogmatischen Grundlagen*

Die Frage nach dem Geltungsgrund der Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens ist bis heute nicht abschließend geklärt; nach der früheren herrschenden Meinung galten sie kraft Handelsbrauchs (§ 346 HGB), während inzwischen der Geltungsgrund auch im Gewohnheitsrecht festgemacht wird (Palandt/Ellenberger, § 147, Rdnr. 8). Zutreffend sein dürfte, dass sich die Lehre vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben aus Handelsbräuchen entwickelt hat, sich aber im Laufe der Zeit zu einer gewohnheitsrechtlichen Norm verfestigt hat, die mittlerweile über den Handelsverkehr hinaus Obliegenheiten statuiert. Schon das Reichsoberhandelsgericht hat die Grundsätze dieser Lehre in ständiger Rechtsprechung herausgeschält, die dann von Reichsgericht und Bundesgerichtshof aufgegriffen und weitergeführt wurden. Aus der Lehre vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben ist so ein Recht des kaufmännischen Bestätigungsschreibens geworden.

**Normzweck:** Überwiegend wird der Rechtssatz vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben als Vertrauensschutznorm eingeordnet. Lässt man nur Rechtsscheinsfälle unter den Vertrauensschutz fallen, so kann in diesem Anknüpfungspunkt angesichts des heutigen Standes der Diskussion keine tragfähige Legitimation mehr gefunden werden. Denn nicht bloß die Bestätigung, sondern auch die einseitige Ergänzung des Vertrages durch kaufmännisches

Bestätigungsschreiben ist anerkannt; d.h. das Vertrauen des Absenders auf Billigung wird unter Umständen auch dann geschützt, wenn der Absender nicht annimmt, das Schreiben entspreche einer bereits getroffenen Vereinbarung. Es geht vielmehr um objektiven Verkehrsschutz, der aber nichts mit Rechtscheinhaftung zu tun hat. Vielmehr geht es um die Schnelligkeit, Leichtigkeit und Sicherheit des Handelsverkehrs (K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, § 19 III 1 c).

**Die dogmatische Konstruktion:** Mannigfaltige Ansätze bietet die rechtsdogmatische Kontroverse um den Vertragsschluss durch Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben. Das Meinungsspektrum reicht vom Schweigen als Willenserklärung über die Fiktion einer Willenserklärung, der Obliegenheits- oder Pflichtverletzung bis hin zur Annahme eines Vertrauensschutztatbestandes. Dazu ist zu bemerken:

(1) Die Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung hilft nicht weiter, da das Schweigen auch relevant ist, wenn keine Willenserklärung, zB wegen fehlenden Erklärungsbewusstseins, vorliegt. Die Rechtsfolgen werden allein durch die Tatsache des Schweigens auch dann ausgelöst, wenn die Umstände es allein nicht rechtfertigen würden, darin eine Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten zu erblicken (BGHZ 11, 1 (5)). Auch mit der Fiktion einer Willenserklärung ist letztlich nicht viel gewonnen. Denn gerade der klassische Fall des Bestätigungsschreibens als reine Vertragsbestätigung enthält ja gar kein Angebot zur Vertragsänderung, lässt also eine Willenserklärung des Empfängers gar nicht erwarten. Eine einheitliche Erklärung des Rechtsinstituts ist nur dann möglich, wenn man davon absieht, das Schweigen als Willenserklärung oder auch nur als den Schein einer Willenserklärung anzusehen.

(2) Die Rechtsfolgen auf eine Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung zurückzuführen, wird regelmäßig deswegen abgelehnt, weil Pflichtverletzungen im allgemeinen nur Schadensersatzansprüche auslösen (Köhler, BGB AT, 34. Aufl. 2010, § 8 III 31; allerdings sei auch an die Rechtsfigur der Anscheinsvollmacht erinnert).

Insgesamt erscheint der praktische Nutzen des dogmatischen Diskurses äußerst zweifelhaft. Vielmehr empfiehlt es sich, klar zwischen Tatbestand und Rechtsfolge zu trennen: Das Schweigen ist nicht Willenserklärung, sondern Tatbestandsmerkmal. Die Rechtsfolge des Unterlassens – Bestand und Inhalt des Rechtsgeschäfts richten sich nach dem Bestätigungsschreiben – ist dann eine kraft Gewohnheitsrechts.

*ii. Der personelle Anwendungsbereich*

Das Gewohnheitsrecht des „kaufmännischen“ Bestätigungsschreibens ist sowohl auf Empfänger- wie Absenderseite nicht auf Kaufleute iSd §§ 1 ff. HGB beschränkt. Es gilt auf beiden Seiten für alle im größeren Umfang am Marktgeschehen als selbständige Unternehmer beteiligten Personen (für Empfänger: BGHZ 11, 1 (3): „Vielmehr genügt es, dass er einen kaufmännischen Betrieb führt oder jedenfalls einen Betrieb, der im größeren Umfang am Verkehrsleben teilnimmt“; für Absender: BGHZ 40, 42 (43 f.) „Eine solche Verpflichtung zum Widerspruch kann für einen Kaufmann nicht nur begründet sein, wenn er das Bestätigungsschreiben eines Kaufmanns erhält, sondern auch dann, wenn der Absender zwar nicht Kaufmann ist, aber ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsleben teilnimmt und erwarten kann, dass ihm gegenüber nach kaufmännischer Sitte verfahren wird“). Auch nichtgewerbliche Unternehmer (zB. Freiberufler wie Architekten, Apotheker oder Rechtsanwälte) können dem Rechtssatz vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben unterliegen, soweit von ihnen erwartet werden kann, dass sie einem Bestätigungsschreiben widersprechen, wenn sie es nicht gegen sich gelten lassen wollen.

**Beispiel** (vereinfacht nach OLG Köln, CR 1991, 541): Rechtsanwalt R hat mit einem Computerunternehmen telefonisch über Hard- und Software verhandelt. Man ist sich in Grundzügen einig geworden. Das Unternehmen schickte R ein Bestätigungsschreiben, auf das R geschwiegen hatte. Später verweigert R die Leistung entsprechend dem Inhalt des Bestätigungsschreibens: Das OLG Köln entschied: Auch ein Rechtsanwalt, der wie ein Kaufmann in größerem Umfang selbständig am Rechtsverkehr teilnimmt, muss unverzüglich widersprechen; sonst gilt der Inhalt der Bestätigung.

*iii. Fallgruppen*

Der klassische Fall des kaufmännischen Bestätigungsschreibens liegt vor, wenn das Schreiben einen (angeblich) schon geschlossenen Vertrag nur verbindlich festhalten soll. Das Schreiben nimmt auf Vertragsverhandlungen Bezug, die nach der erkennbaren Auffassung des Absenders bereits zu einem gültigen Abschluss geführt haben. Es kommt aber nicht darauf an, dass der Vertrag wirklich bereits geschlossen war, sondern nur darauf, dass der Absender den Vertrag als geschlossen bestätigt. Denn das Recht vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben will nicht nur den Streit über den genauen Inhalt ausschließen, sondern auch darüber, ob der Vertrag überhaupt schon zustande gekommen ist. Der Empfänger kann also nicht, wenn er sich verschwiegen hat, geltend machen, der Vertrag sei wegen Dissens überhaupt nicht zustande gekommen. Er muss sich vielmehr so behandeln lassen, als wäre der Vertrag von vorneherein mit dem Inhalt, den ihm

das Bestätigungsschreiben gibt, zustande gekommen. Erfasst und geheilt werden folgende Fallgruppen (nach Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 23 II 2):

- Fehlen eines Abschlusstatbestandes oder das Vorliegen eines versteckten Dissens
- Mängel der Vertretungsmacht
- Inhaltliche Abweichung zwischen Bestätigungsschreiben und vorgehenden vertraglichen Vereinbarungen

**Beispiel:** V wird bei Verhandlungen zu einem Kaufvertrag mit K von seinem nicht bevollmächtigten Angestellten A vertreten. Im Anschluss an die Verhandlungen erhält V ein Bestätigungsschreiben über den angeblichen Abschluss. Wenn V nicht unverzüglich widerspricht, kann er dem gutgläubigen K gegenüber später nicht mehr geltend machen, A habe keine Vertretungsmacht gehabt. Er muss dann den Vertragsschluss hinnehmen und zwar mit dem Inhalt, den ihm das Bestätigungsschreiben gab. Gerade bei dieser Fallgruppe kann die Lehre vom Bestätigungsschreiben eine Anleihe bei den Vorschriften §§ 75h, 91a, 362 HGB nehmen (Wiedemann/Fleischer, PdW Handelsrecht, 8. Aufl. 2004, Nr. 452c).

Allerdings ist die Rechtsentwicklung über Fall des klassischen Bestätigungsschreibens hinaus gegangen und hat den Gewohnheitsrechtssatz über die Bestätigung eines – jedenfalls vermeintlichen – perfekten Vertrags hinaus ausgedehnt. Gleichgestellt wird der dogmatisch ganz anders gelagerte Fall der Ergänzung des Abgesprochenen durch Bestätigungsschreiben. Das Bestätigungsschreiben schließt offen gelassene Nebenpunkte oder es werden AGB einbezogen, auf die nicht schon bei Vertragsschluss Bezug genommen wurde (vgl. BGHZ 7, 187 (190), K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, § 19 III 3 b auch zur Gegenauffassung).

Streng vom Recht des kaufmännischen Bestätigungsschreibens geschieden wird die (modifizierte) Auftragsbestätigung (BGHZ 18, 212 (251 f.); bestätigt BGHZ 61, 282 (285 f.); Wiedemann/Fleischer, PdW Handelsrecht, 8. Aufl. 2004, Nr. 457; krit. K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, § 19 III 3 d). Während das kaufmännische Bestätigungsschreiben einen bereits zustande gekommenen - oder doch zumindest nach Ansicht des gutgläubigen Bestätigenden rechtswirksam abgeschlossenen - Vertrag vorwiegend zu Beweis Zwecken inhaltlich festlegen und lediglich in regelungsbedürftigen Nebenpunkten ergänzen soll, der Verfasser mithin nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte davon ausgehen kann, dass der bereits vertraglich gebundene, aber mit dem Inhalt nicht einverständene Empfänger unverzüglich widersprechen wird, liegt die Sach- und Interessenlage bei der sog. modifizierten Auftragsbestätigung grundlegend anders. Hier weiß der bestätigende Vertragsteil, dass ein Vertrag noch nicht zustande

gekommen ist, die Auftragsbestätigung vielmehr erst dem Vertragsabschluss dienen soll. Weicht er daher von dem Antrag des Gegners ab, so kann er nicht ohne Weiteres damit rechnen, dass die nicht widersprechende Vertragspartei mit der Änderung einverstanden ist; vielmehr ist es seine Sache, klarstellend dafür Sorge zu tragen, dass die von ihm abändernd vorgeschlagenen Bedingungen Vertragsinhalt werden. Die vom Angebot abweichende Auftragsbestätigung stellt gemäß § 150 Abs. 2 BGB die Ablehnung des Angebots, verbunden mit einem neuen Antrag dar. Schweigen hierauf hat grundsätzlich die Ablehnung des Antrags zur Folge.

*iv. Die weiteren Voraussetzungen*

Das Bestätigungsschreiben muss in engem zeitlichen Zusammenhang mit den vorausgegangenen Vertragsverhandlungen zugehen. Für den Zugang gelten die allgemeinen Regeln über den Zugang von Willenserklärungen unter Abwesenden (§ 130 Abs. 1 BGB); es kommt also nicht darauf an, dass der Empfänger Kenntnis genommen hat, sondern es reicht, dass er unter normalen Umständen Kenntnis nehmen konnte (Wiedemann/Fleischer, PdW Handelsrecht, 8. Aufl. 2004, Nr. 453b).

Das Bestätigungsschreiben muss eindeutig und klar abgefasst sein und den Bestätigungswillen erkennen lassen. Die Bezeichnung als Bestätigungsschreiben ist nicht erforderlich, ebenso wenig wie die Verwendung sonstiger bestimmter Formalien. Es schadet auch nichts, wenn das Schreiben unzutreffend als Auftragsbestätigung bezeichnet wurde (BGHZ 54, 236 (239)). Verweist das Bestätigungsschreiben auf AGB, so müssen diese nicht unbedingt beigelegt werden (BGHZ 7, 187 (190 f.)).

Wird unverzüglich – d.h. ohne schuldhaftes Zögern – widersprochen, so hindert dies die Bindung an das kaufmännische Bestätigungsschreiben. Schweigen oder verspäteter Widerspruch binden dagegen. Praktisch bedeutet dies, dass innerhalb der kurz zu bemessenden Frist widersprochen werden muss. Wer erst nach mehr als einer Woche widerspricht, hat regelmäßig zu spät widersprochen. Im Einzelnen kommt es aber auf die Umstände des Einzelfalles an, zB auf die Schwierigkeit der Materie.

*v. Die negativen Voraussetzungen*

Die Bindung des Empfängers ist ausgeschlossen, wenn der Absender nach Lage der Dinge nicht darauf vertrauen darf, dass der Empfänger den Inhalt stillschweigend billigt.

(a) Ein Einwand gegenüber dem Bestätigungsschreiben ist die Unredlichkeit des Absenders. Wer in Kenntnis von der Unrichtigkeit des Bestätigungsschreiben den angeblichen Inhalt der Verhandlungen bestätigt, handelt unredlich und kann auf den wahren Vertragsinhalt verwiesen werden (K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, 19 III 5 a; siehe auch Canaris, Handelsrecht, § 23 II 6, der in bestimmten Fällen Fahrlässigkeit ausreichen lassen will). Die Kenntnis des Vertreters wird entsprechend § 166 Abs. 1 BGB dem Vertretenen zugerechnet (BGHZ 40, 42 (45 ff.)).

BGHZ 40, 42 (45 ff.) führt hinsichtlich der Frage der Zurechnung aus:

„Von einem redlichen Geschäftsgebaren kann aber auch dann nicht gesprochen werden, wenn ein mit der Führung der Verhandlungen beauftragter Vertreter dem Geschäftsherrn über den Ablauf der Verhandlungen eine in der genannten Weise unrichtige Darstellung gegeben hat, der Geschäftsherr diese Darstellung seinem Bestätigungsschreiben zugrundelegt und, nachdem der Empfänger des Schreibens geschwiegen hat, die Rechtswirkungen eines unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreibens für sich in Anspruch nehmen will, mag er selbst auch bei der Abfassung und Absendung des Bestätigungsschreibens gutgläubig gewesen sein. Die Unredlichkeit des Vertreters liegt im Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertragsgegner im Gefahrenbereich des Vertretenen. Im bürgerlichen Recht gilt der Grundsatz, dass, »wer sich im Rechtsverkehr fremder Hilfe bedient, und die Wirkung fremden Handelns für sich in Anspruch nimmt, auch die Nachteile daraus in Kauf nehmen muss und sich nicht der eigenen sauberen Hände rühmen darf, wenn andere sie sich für ihn schmutzig gemacht haben« (Raiser, JZ 1961, 26, 27). Eine Stütze für diese Auffassung bildet die Vorschrift des § 166 Abs. 1 BGB. Danach kommt, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, die Person des Vertreters in Betracht. Der Vertretene muss also das Rechtsgeschäft so hinnehmen, als habe er selbst die Kenntnis gehabt. Die Vorschrift bezieht sich unmittelbar zwar nur auf die Kenntnis des Vertreters bei Abgabe seiner Willenserklärung. Die Bestätigung ist dagegen eine Erklärung des Vertretenen und folgt der Willenserklärung des Vertreters nach. Das steht einer sinngemäßen Anwendung der Vorschrift des § 166 Abs. 1 BGB auf Fälle der hier erörterten Art aber nicht entgegen. Das Schweigen auf das Bestätigungsschreiben lässt nicht etwa erst auf Grund einer mit dem Bestätigungsschreiben abgegebenen Erklärung des Vertretenen einen neuen Vertrag entstehen. Es wird vielmehr nur fingiert, dass die von dem Vertreter und dem Gegner abgegebenen Willenserklärungen einen Vertrag des Inhalts begründet haben, wie er im Bestätigungsschreiben niedergelegt worden ist. Mit diesem Inhalt gilt ein Vertrag zwischen dem Vertreter und dem anderen Teil aber dann nicht als geschlossen, wenn die bestätigende Partei weiß, dass das Bestätigte von dem Verhandelten so abweicht, dass sie mit einer Billigung nicht rechnen kann. Das ist fraglos der Fall, wenn der Vertreter selbst mit Vollmacht des Vertretenen die von



ihm angeblich geschlossene Vereinbarung bestätigt. Dann kommt es für die Frage, ob die widerspruchslose Entgegennahme den Vertragsgegner bindet, auf sein eigenes Wissen an (BGH Urt. v. 23. Juni 1955 - II ZR 248/54 - WM 1955, 1284). Aber auch für den Fall, dass der Vertreter zwar nicht selbst bestätigt, jedoch durch falsche Unterrichtung des Vertretenen bewirkt, dass der Vertretene einen Vertrag als geschlossen bestätigt, der tatsächlich nicht oder nicht mit diesem Inhalt vereinbart war, liegt eine Gestaltung vor, die dem in § 166 Abs. 1 BGB geregelten Sachverhalt entspricht. Es kann keinen Unterschied machen, ob ein bösgläubiger Vertreter selbst in Vollmacht des eigentlichen Geschäftsherrn die angeblichen Vereinbarungen bestätigt oder ob er auf Grund unrichtiger Mitteilung den gutgläubigen Geschäftsherrn zur Bestätigung eines nicht zustande gekommenen Vertrages veranlasst. Der »gute Glaube« des bestätigenden Vertragsteiles ist eine Voraussetzung dafür, dass der vom Vertreter angeblich geschlossene Vertrag als zustande gekommen gilt. Die rechtlichen Folgen der vom Vertreter abgegebenen Willenserklärung hängen also davon ab, ob der Gegner des Schweigenden gewisse Umstände kennt oder nicht kennt. Nach dem Grundgedanken des § 166 Abs. 1 BGB ist es dabei gerechtfertigt, eine Kenntnis des Vertreters dem Vertretenen zuzurechnen“.

Die praktische Bedeutung des Einwands der Unredlichkeit ist gering. Da der Empfänger die Beweislast trägt, nützt ihm dieser Einwand in der Regel reichlich wenig. Bedeutsamer ist daher der Einwand gravierender Abweichung vom Vorbesprochenen. Hinzu kommt, dass dieser Einwand nur auf den klassischen Fall des Bestätigungsschreibens passt. Seitdem auch die nachträgliche Ergänzung des Vorbesprochenen durch Bestätigungsschreiben zugelassen wird, ist die Berechtigung dieses Einwands fragwürdig (K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, § 19 III 5 a).

In der Rechtswirklichkeit bedeutsamer ist der Einwand der gravierenden Abweichung vom Vorbesprochenen (BGHZ 7, 187 (190); 11, 1 (4); 40, 42 (44)). Das Bestätigungsschreiben bleibt ohne „konstitutive“ Wirkung, wenn es vom Inhalt der vorausgegangenen Abrede so weit abweicht, dass der Absender vernünftiger Weise nicht mit dem Einverständnis des Empfängers rechnen kann. Das ist eindeutig der Fall

- bei Aufnahme von Vertragsregelungen in das Bestätigungsschreiben, die die andere Seite bei den Verhandlungen ausdrücklich abgelehnt hat.
- wenn der Vertrag noch nicht abschlussreif war. In den Worten von Canaris liest sich das so: „Dann ist die Zusendung eines Bestätigungsschreibens nicht eine sinnvolle Klarstellung, sondern eine Unverschämtheit, auf die eine ausdrückliche Ablehnung durch den Adressaten nicht zu erwarten ist“ (Canaris, Handelsrecht, § 23 II 4 a).

- evidente inhaltliche Abweichung des Bestätigungsschreibens vom Vorbesprochenen.

Lebhaft umstritten ist die Situation bei sich kreuzenden Bestätigungsschreiben. Diese Fälle treten besonders häufig dann auf, wenn sich die Parteien untereinander ihre AGB zusenden. Verkompliziert wird die Lage dann endgültig, wenn die AGB sog. Abwehrklauseln enthalten, die ihnen im Kollisionsfall den Vorrang vor den Geschäftsbedingungen des Vertragspartners sichern sollen. Eine Lösung bietet einmal die Theorie des letzten Wortes an: Die Bedingungen desjenigen sollen gelten, der zuletzt auf seine AGB verwiesen hat. Im Gegensatz dazu lässt die Konsenstheorie, soweit sich die AGB widersprechen, überhaupt keine AGB gelten. Doch ist das letztlich gar nicht maßgeblich, wenn man sich den Regelungszweck des Rechts vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben vor Augen führt. Das Bestätigungsschreiben kann seine klärende Funktion nicht mehr erfüllen, wenn es zu einem zweiten Bestätigungsschreiben in Konkurrenz tritt. Für jeden der beiden Absender ist erkennbar, dass der andere die Rechtslage anders sieht und mit seinem Schweigen keinesfalls Zustimmung signalisieren will. Die typische Verkehrsschutzsituation, die dem Recht vom Bestätigungsschreiben zugrunde liegt, ist hier nicht gegeben (Canaris, Handelsrecht, § 23 II 4 c; K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, § 19 III 5 c). Die Grundsätze des Bestätigungsschreiben finden also im Allgemeinen keine Anwendung, wenn beide Seiten sich gleichzeitig verschieden bestätigen; eine Ausnahme hiervon macht der BGH aber dann, wenn die Bestätigungsschreiben einander nicht mit unvereinbaren Inhalt gegenüberstehen und eines der beiden lediglich eine zusätzliche Bedingung enthält, deren Aufnahme in das Bestätigungsschreiben den anderen Teil nicht überraschen konnte, mit der er vielmehr rechnen musste (BGH, NJW 1966, 1070).

#### *vi. Die Rechtsfolge*

Die Rechtsfolge besteht darin, dass der Inhalt des kaufmännischen Bestätigungsschreibens auch als Inhalt des Vertrages gilt. In BGHZ 40, 42 (46) hört sich das so an: Das Schweigen auf das Bestätigungsschreiben lässt nicht etwa erst auf Grund einer mit dem Bestätigungsschreiben abgegebenen Erklärung einen neuen Vertrag entstehen. Es wird vielmehr nur fingiert, dass die Willenserklärungen einen Vertrag des Inhalts begründet haben, wie er im Bestätigungsschreiben niedergelegt worden ist. Die Rechtsfolge auf das Schweigen ist rein deklaratorisch, wenn der Inhalt des Bestätigungsschreibens mit dem Vorbesprochenen übereinstimmt. Im Falle von Abweichungen wirkt sie dagegen konstitutiv vertragsbegründend und inhaltsändernd (vgl. K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, § 19 III 6). Nicht nur den Inhalt, sondern auch den Bestand des Vertrags schreibt das unwidersprochen gebliebene Schreiben fest. Der Empfänger kann

dann nicht mehr geltend machen, dass kein Konsens vorlag oder dass für ihn ein Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat.

*vii. Die Behandlung von Willensmängeln*

Willensmängel beim vorausgegangenem Vertragsschluss werden durch das Schweigen „geheilt“. Sie können nicht mehr geltend gemacht werden, soweit ihre Geltendmachung mit den Rechtswirkungen des Bestätigungsschreibens unvereinbar wäre. Das gilt auch für das Anfechtungsrecht für Irrtümer bei den Vertragsverhandlungen.

Eine Anfechtung des Schweigens analog § 119 Abs. 1 BGB – deshalb analog, weil es sich beim Schweigen um keine Willenserklärung handelt – kann nicht darauf gestützt werden, der Empfänger habe die Bedeutung des Schweigens nicht erkannt.

In BGHZ 11, 1 (4 f.) heißt es dazu:

Die Unterlassung eines Widerspruches kann nicht nach § 119 BGB wegen Irrtums über die Bedeutung ihres Schweigens angefochten werden. Voraussetzung einer Anfechtung ist, dass eine Willenserklärung vorliegt, mag der Wille nun ausdrücklich erklärt oder nur stillschweigend aus den Umständen zu entnehmen sein. Folgt aber aus einer Handlung oder einer Unterlassung eine Rechtswirkung ohne Rücksicht darauf, ob ein Wille seitens der betroffenen Partei überhaupt geäußert wird, so kann jedenfalls grundsätzlich für eine Anfechtung kein Raum sein. Der Empfänger eines Bestätigungsschreibens, der sich auf das Schreiben nicht erklärt, ist deswegen gebunden, weil Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Anschauungen des Verkehrs eine Antwort von ihm erfordert hätten. Die Rechtswirkungen seines Verhaltens werden mithin durch die Tatsache des Schweigens auch dann ausgelöst, wenn die Umstände allein es nicht rechtfertigen würden, in ihnen ohne weiteres einen schlüssigen Ausdruck der Zustimmung zu erblicken. Ist somit die Willensäußerung des Empfängers eines Bestätigungsschreibens bedeutungslos und beinhaltet das Schweigen in Wahrheit keine Willenserklärung, so kann der Beklagten nicht das Recht zugebilligt werden, sich auf einen Irrtum über die Bedeutung des Schweigens zu berufen. Denn ein solcher Einwand, der nur besagt, dass der Beklagte seine kaufmännische Erklärungspflicht nicht gekannt habe, würde der auf der Verkehrssitte beruhenden rechtlichen Fiktion zuwiderlaufen.

Dagegen wird ihm ein Anfechtungsrecht entsprechend § 119 BGB zuzubilligen sein, wenn der Empfänger in Kenntnis der Bedeutung des Schweigens bewusst schwieg, aber den Inhalt des Schreibens falsch verstanden hat, da insoweit ein Inhaltsirrtum vorliegt (offen gelassen in: BGHZ 11, 1 (5 f.)). Allerdings wird in der Lehre gefordert, dem Empfänger die Anfechtung zu versagen, wenn das

Missverständnis auf einer Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt beruht (K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, § 19 III 6 b; aA wohl Larenz/Wolf, BGB AT, 8. Aufl. 2004, § 30, Rdnr. 41).

Dagegen ist dem Empfänger die Anfechtung wieder zu versagen, wenn er infolge eines Erinnerungsfehlers der irrigen Meinung war, das von ihm richtig verstandene Bestätigungsschreiben stimme inhaltlich mit dem Ergebnis der mündlichen Vereinbarung überein. Denn hier wollte der durch das Schweigen genau das zum Ausdruck bringen, was es besagt, nämlich dass er dessen Inhalt als vereinbart anerkennt. Ein Erklärungs- oder Inhaltsirrtum liegt damit gerade nicht vor. Die irriige Annahme, der Inhalt des Schreibens stimme mit den mündlichen Vereinbarungen überein, ist ein Irrtum auf der Stufe der Willensbildung, also ein grundsätzlich unbeachtlicher Motivirrtum. Bei arglistiger Täuschung durch den Absender wird der Empfänger freilich entsprechend § 123 BGB anfechten können (Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 30, Rdnr. 41).

### *b. Die Besonderheiten des § 366 HGB*

Da Einzelheiten zum gutgläubigen Eigentumserwerb und zum Handelsrecht den Inhalt späterer Vorlesungen bilden, kann hier nur in der gebotenen Kürze auf die Besonderheiten des § 366 HGB eingegangen werden. Dabei beziehen sich die Äußerungen im Folgenden nur auf den Grundtatbestand des § 929 S. 1 (in Verbindung mit § 932 BGB), die Tatbestände der §§ 929 S. 2 ff. bleiben außer Betracht.

#### *i. Guter Glaube an das Eigentum*

Ist der Veräußerer Eigentümer der Sache, erlangt der Erwerber gemäß § 929 S. 1 BGB Eigentum an der Sache durch Einigung und Übergabe. Ist nicht der Veräußerer Eigentümer, sondern ein Dritter, so kann der Erwerber immer noch derivativ erwerben, wenn der Veräußerer die Verfügungsbefugnis hat oder später erwirbt (§ 185 BGB). Ist der Veräußerer weder Eigentümer noch zur Verfügung über das Eigentum des Dritten befugt, so bleibt für den Erwerber immer noch die (originäre) Erwerbsmöglichkeit kraft guten Glaubens (§§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB). Diese Erwerbsmöglichkeit setzt voraus:

- Einigung und Übergabe gemäß § 929 S. 1 BGB.
- Guter Glaube des Erwerbers an das Eigentum des Veräußerers (§ 932 Abs. 2 BGB).
- Die Sache darf nicht abhanden gekommen sein (§ 935 BGB).

Wichtig ist Folgendes: § 932 BGB schützt nur den guten Glauben an das Eigentum des Veräußerers, nicht den guten Glauben an die Geschäftsfähigkeit und die Verfügungsbefugnis (Baur/Stürner, 18. Auflage 2009, § 52, Rdnr. 29).

### *ii. Guter Glaube an die Verfügungsbefugnis*

Zum letztgenannten Punkt macht § 366 HGB eine Ausnahme, wenn ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörende Sache veräußert. Nach dieser Vorschrift genügt für den gutgläubigen Erwerb, dass der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers betrifft, über die Sache des Eigentümers zu verfügen. § 366 HGB schützt also den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers.

Der Tatbestand des § 366 Abs. 1 HGB setzt voraus:

- Der Veräußerer muss Kaufmann sein, §§ 1 ff. HGB.
- Die Veräußerung muss im Betrieb des Handelsgewerbes erfolgen. Der gute Glaube daran, es handele sich um ein Handelsgeschäft des Veräußerers reicht nicht aus, es muss vielmehr tatsächlich ein Handelsgeschäft vorliegen.
- Guter Glaube an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers.

Im Übrigen müssen alle Voraussetzungen der §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 BGB vorliegen. Insbesondere darf die Sache nicht gemäß § 935 BGB abhanden gekommen sein.

### *iii. Guter Glaube an die Vertretungsmacht*

§ 366 HGB geht von der fehlenden Verfügungsbefugnis aus und ersetzt sie durch den guten Glauben des Erwerbers an die Verfügungsbefugnis. Der Wortlaut der Vorschrift erfasst also nicht den Fall, dass jemand im fremden Namen handelt, ohne Vertretungsmacht zu haben, der Erwerber ihn aber gutgläubig zur Vertretung befugt hält. Die herrschende Meinung wendet dennoch § 366 HGB analog auf den Fall des guten Glaubens an die Vertretungsmacht an. Der Grund: § 366 HGB will im Interesse der Sicherheit des Handelsverkehrs einen verstärkten Schutz des gutgläubigen Erwerbers gewährleisten. Für den Erwerber ist es aber häufig schwer festzustellen, ob sein Vertragspartner im eigenen oder fremden Namen handelt und ob Verfügungs- oder Vertretungsbefugnis vorliegt. Handelt der Vertreter ohne Vertretungsmacht, ist allerdings das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft gemäß § 177 BGB (schwebend) unwirksam. Der bisherige Eigentümer hat daher gegen den Erwerber einen Anspruch auf Rückübereignung oder Wertersatz. Dabei ist § 818 Abs. 3 BGB zu beachten.

*c. Die Mängelhaftung beim Handelskauf*

Für den Handelskauf enthalten die §§ 373 ff. HGB Sonderregelungen, die den besonderen Bedürfnissen des Handelsverkehrs gerecht werden sollen. Diese Spezialregeln treten ergänzend neben das Kaufrecht der §§ 433 ff. BGB, vgl. Art. 2 Abs. 1 EGHGB. Von praktischem Interesse ist hauptsächlich als Zentralnorm des Handelskaufs, § 377 HGB. Vertiefende Darstellungen erfolgen in späteren Veranstaltungen.

HGB - § 377.

(1) Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.

(2) Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.

(3) Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; anderenfalls gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.

(4) Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.

(5) Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen.

HGB - § 381.

(1) Die in diesem Abschnitte für den Kauf von Waren getroffenen Vorschriften gelten auch für den Kauf von Wertpapieren.

(2) Sie finden auch auf einen Vertrag Anwendung, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat.

*i. Allgemeines*

Im Grundsatz gelten für die Gewährleistung bei Kauf und Werklieferungsvertrag die §§ 434 ff. BGB. Das HGB weicht hiervon nicht ab, aber es legt in § 377 HGB dem Käufer Rügelasten auf, die für die Erhaltung der Gewährleistungsrechte bedeutsam sind. Ist der Kauf für beide Parteien ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach Ablieferung zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen (§ 377 Abs. 1

HGB). Zeigt sich ein Mangel erst später, so muss die Anzeige unverzüglich nach Entdeckung gemacht werden (§ 377 Abs. 3 HGB). Unterlässt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt (§ 377 Abs. 2, Abs. 3 HS 2 HGB), es sei denn, der Verkäufer hat den Fehler arglistig verschwiegen (§ 377 Abs. 5 HGB).

Die Vorschrift des § 377 HGB dient dem Bedürfnis des Handelsverkehrs nach Klarheit und Schnelligkeit der Vertragsabwicklung. Im bürgerlichen Recht verliert der Käufer seine Gewährleistungsrechte nur, wenn er den Mangel bei Vertragsschluss kennt oder wenn ihm zu diesem Zeitpunkt der vom Verkäufer nicht arglistig verschwiegene Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist (§ 442 BGB). Da § 442 BGB alleine auf den Vertragsschluss abstellt, verliert der Käufer beim BGB-Kauf seine Rechte wegen eines Mangels dagegen grundsätzlich nicht, wenn er den Kaufgegenstand in Kenntnis des Mangels rügelos annimmt (im Gegensatz zu § 464 BGB a.F., der für diesen Fall den Verlust der Gewährleistungsrechte vorsah: vgl. Saenger, in: Handkommentar zum BGB, 6. Aufl. 2009, § 442 Rdnr. 4). Ansonsten lebt der Verkäufer für die Dauer der gesetzlichen Verjährungsfrist (§ 438 BGB) im Ungewissen darüber, ob der Käufer Gewährleistungsrechte geltend macht. Selbst nach Verjährung der Gewährleistungsansprüche kann darüber gestritten werden, ob Ansprüche aus allgemeinem Leistungsstörungenrecht (§ 280 Abs. 1 BGB) erhoben werden können (Stichwort: Mangelfolgeschaden). Alles das läuft den Interessen des Handelsverkehrs zuwider. Dementsprechend beschreibt die Rechtsprechung den Zweck des § 377 HGB:

BGHZ 101, 49 (53): Die den Käufer treffende Obliegenheit zur unverzüglichen Mängelrüge dient nach der ständigen Rechtsprechung nicht nur dem allgemeinen Interesse des Handelsverkehrs an einer raschen und endgültigen Abwicklung von Rechtsgeschäften, sondern in erster Linie den Belangen des Verkäufers, der in die Lage versetzt werden soll, entsprechende Feststellungen und notwendige Dispositionen - vor allem zur Schadensabwendung - zu treffen, und davor bewahrt werden soll, sich noch längere Zeit nach der Ablieferung Ansprüchen wegen etwaiger, mit zunehmendem Zeitablauf nur unsicher feststellbarer Mängel ausgesetzt zu sehen.

Von der Rechtsnatur her handelt es sich bei der Rügelast um eine Obliegenheit, nicht um eine Pflicht (herrschende Meinung, z.B. Wiedemann/Fleischer, PdW Handelsrecht, 8. Aufl. 2004, Nr. 495).

*ii. Die Voraussetzungen der Rücklast**(1) Handelskauf*

Das Geschäft muss den Regeln des Handelskaufes unterliegen. Es muss entweder ein Kaufvertrag, ein Tausch (§ 480 BGB), ein Werklieferungsvertrag (§§ 651 BGB, 381 Abs. 2 HGB) vorliegen, der Waren oder Wertpapiere zum Gegenstand hat (§ 381 Abs. 1 HGB). Die Einbringung von Sachen als Einlage in eine Gesellschaft fällt also mangels Umsatzgeschäfts nicht unter den Handelskauf (K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, 1999, § 29 I 1 c).

*(2) Beiderseitiges Handelsgeschäft*

Gemäß § 377 Abs. 1 HGB muss es sich um ein beiderseitiges Handelsgeschäft handeln, § 377 HGB findet also nach herrschender Meinung nur dann Anwendung, wenn beide Teile Kaufleute sind (§ 1 ff. HGB) und das Geschäft zum Betrieb des jeweiligen Handelsgewerbes gehört (§ 343 Abs. 1 HGB), wofür die Vermutung des § 344 HGB streitet (aA. K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, 1999, § 29 III 2 b, der die Vorschrift auf alle Unternehmensträger ausdehnen will, also auch auf Ärzte und Rechtsanwälte, die mangels Gewerbebetriebs keine Kaufleute sein können, vgl. § 1 Abs. 1 HGB).

*(3) Ablieferung der Ware*

Die Ware muss abgeliefert sein. Dies ist grundsätzlich dann der Fall, wenn die Ware derart in den Machtbereich des Käufers verbracht wird, dass dieser sie untersuchen kann (BGH, ZIP 2000, 456 (457)).

Lebhaft umstritten war bisher der Zeitpunkt der Ablieferung von Standard-Software. Der BGH hat die Frage nunmehr geklärt und entschieden: Auch beim Kauf von Standard-Software ist die Kaufsache mangels anderweiter Vereinbarung dann „abgeliefert“, wenn sie vom Verkäufer in Erfüllungsabsicht derart in den Machtbereich des Käufers gebracht wird, dass dieser sie auf das Vorhandensein von Mängeln untersuchen kann (BGH, ZIP 2000, 456). Zur Begründung führte er aus:

BGH, VIII ZR 299/98, ZIP 2000, 456 (458 f.): Nach einer verbreiteten Ansicht in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und der juristischen Literatur soll allerdings die - allein oder zusammen mit entsprechender Hardware - verkaufte Software nicht bereits mit deren Verbringung in den Machtbereich des Käufers, regelmäßig also mit ihrer Übergabe, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt „abgeliefert“ (§ 377 Abs. 1 HGB, § 477 Abs. 1 BGB a.F.) sein. Teilweise wird



befürwortet, die Ablieferung erst nach Durchführung eines im wesentlichen ungestörten Probelaufs anzusetzen. Andere vertreten eine weitergehende Auffassung, wonach die „Ablieferung“ im Sinne von § 377 Abs. 1 HGB und § 477 Abs. 1 BGB a.F. voraussetze, dass die Software im Betrieb des Käufers in einer ausführlichen Erprobungsphase letztlich fehlerfrei gelaufen sei.

Zur Begründung verweisen beide Meinungen darauf, dass die Feststellung von Mängeln insbesondere bei komplizierter Software schwierig und zeitaufwendig sei. Der BGH vermag indessen keiner dieser Ansichten zu folgen. Auch beim Kauf von Software bleibt es grundsätzlich dabei, dass die Kaufsache abgeliefert ist, wenn sie in einer ihre Untersuchung ermöglichenden Weise in den Machtbereich des Käufers gelangt ist. Für eine Sonderregelung hinsichtlich der Ablieferung beim Kauf von Software fehlt es an einer rechtlichen Grundlage. Beide vorgenannten Ansichten führen zu einer Verwischung der Unterschiede zwischen der werkvertraglichen Abnahme im Sinne von § 640 BGB und der kaufrechtlichen Ablieferung im Sinne von § 377 Abs. 1 HGB und § 477 Abs. 1 BGB a.F. Dem Kaufrecht liegt das Bestreben nach Klarheit und möglichst schneller Regulierung von Mängeln der Kaufsache zugrunde; dies gilt verstärkt unter Kaufleuten. Diesem gesetzlichen Anliegen würde das Hinausschieben des Zeitpunktes der Ablieferung auf einen letztlich unbestimmten Zeitpunkt widersprechen.

Für eine Sonderregelung der Abwicklung beim Kauf von Software ist schließlich auch kein hinreichendes Bedürfnis anzuerkennen. Die zweifellos vorhandenen Schwierigkeiten bei der Entdeckung von Mängeln insbesondere bei umfangreicher und differenzierter Software und entsprechenden EDV-Anlagen bestehen in ähnlicher Weise auch beim Kauf anderer komplizierter technischer Anlagen. Ihnen kann anstatt durch Hinausschieben des Zeitpunktes der Ablieferung in einer die Interessen des Käufers wahrenen Weise auch durch hinreichend großzügige Bemessung der Untersuchungsfrist des § 377 Abs. 1 HGB Rechnung getragen werden. Auch der dem Käufer zur rechtzeitigen Unterbrechung der sechsmonatigen Verjährungsfrist seit Ablieferung der Software (§ 477 Abs. 1 BGB a.F.) zur Verfügung stehende Zeitraum ist ausreichend für die Feststellung von Mängeln. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass beim ersten Auftreten von Mängeln der gelieferten Software üblicherweise der Verkäufer im Einvernehmen mit dem Käufer die Fehler zu beseitigen versucht, was nach ständiger Rechtsprechung eine Hemmung des Laufes der Verjährungsfrist entsprechend § 639 Abs. 2 BGB a.F., unter Umständen sogar ihre Unterbrechung aufgrund eines Anerkenntnisses zur Folge hat. Haben die Kaufvertragsparteien indessen zusätzlich die Installation der gekauften Software auf der EDV-Anlage des Käufers oder die Einweisung des Personals des Käufers durch den Verkäufer vereinbart, so ist die Ablieferung allerdings erst mit Erbringung dieser Zusatzleistungen erfolgt.

#### *(4) Mangelhaftigkeit der Lieferung*

Die mangelhafte Lieferung begründet die Rüge last. Auch bei Nachlieferung, bei beanstandeter früherer Lieferung oder nach Abschluss von Nachbesserungsarbeiten ist der Käufer zwecks Erhalts seiner Gewährleistungsansprüche gemäß § 377 Abs. 1 HGB gehalten, die Sache unverzüglich erneut zu untersuchen und etwa verbliebene oder auch neue Mängel ebenfalls unverzüglich zu rügen (BGH, ZIP 2000, 456 (459)). Vor der Schuldrechtsreform wurde mit Blick auf den engen Sachmangelbegriff des BGB, der etwa die Aliud-Lieferung nicht mitumfasste, gelehrt, der Mangelbegriff des § 377 Abs. 1 HGB beschränke sich nicht auf den Sachmangelbegriff des BGB. Zwar bestehe nach § 377 Abs. 1 HGB die Rüge pflicht, wenn ein Mangel im Sinne des Gewährleistungsrechts vorliege, jedoch seien auch darüber hinaus die Rüge pflicht begründende Mängel denkbar. Mit der Ausdehnung des Sachmangelbegriffs im Zuge der Schuldrechtsreform, der nunmehr unter anderem auch auf Montage- und Montageanleitungsmängel sowie Aliud- und Mankolieferungen erstreckt wird (vgl. § 434 Abs. 2, 3 BGB), ist dies jedoch erledigt. Der Mangelbegriff des § 434 BGB wird den hinter § 377 HGB stehenden Bedürfnissen des Handelsverkehrs gerecht und deckt sich daher nunmehr mit dem Mangelbegriff des § 377 HGB.

#### *iii. Inhalt und Erfüllung der Rüge last*

Der Wortlaut des § 377 HGB spricht von einer doppelten Obliegenheit: Der Käufer muss die Ware untersuchen und hat einen Mangel durch Anzeige zu rügen. Für das Verhältnis zum Verkäufer ist indes bloß die Rüge last von Bedeutung. Der Rechtsverlust beim Käufer tritt nicht ein, weil er die Ware nicht untersucht hat, sondern stets nur, weil er die Rüge versäumt hat. Das bedeutet nicht, dass die Untersuchungslast bedeutungslos wäre, aber der Rechtsverlust des Käufers kann unmittelbar hierauf nie gestützt werden. Nur für die Rechtzeitigkeit der Rüge kann es von Bedeutung sein, ob ein Mangel bei rechtzeitiger Untersuchung erkennbar gewesen wäre (K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, 1999, § 29 III 3).

1. Nach § 377 HGB soll der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung untersuchen, soweit dies nach dem ordentlichen Geschäftsgang tunlich ist. Unverzüglich bedeutet dasselbe wie bei § 121 BGB, nämlich ohne schuldhaftes Zögern. Die Verletzung der Untersuchungsobliegenheit ist für sich alleine folgenlos. Wer eingegangene Ware nicht untersucht, spielt mit seinem Glück. Ist die Ware mangelfrei oder war der Mangel auch bei rechtzeitiger Untersuchung nicht erkennbar, so verliert der nachlässige Käufer keine Rechte. Ist die Ware

mangelbelastet, treffen den Käufer die Folgen des § 377 HGB, aber nicht wegen der unterbliebenen Untersuchung, sondern weil er die Rüge versäumt hat.

2. Hinsichtlich der Rügelast unterscheidet das Gesetz zwischen Mängeln, die bei einer ordnungsgemäßen Untersuchung erkennbar sind (§ 377 Abs. 1 HGB) und solchen, die auch nicht bei ordnungsgemäßer Untersuchung erkannt werden können (§ 377 Abs. 3 HGB). Im ersten Fall muss unverzüglich nach der Ablieferung die Ware untersucht und ggf. gerügt werden, im zweiten Fall unverzüglich, nachdem sich der Mangel gezeigt hat. Unverzüglich bedeutet wieder dasselbe wie bei § 121 BGB. Mit Abs. 3 kann nicht jeder Mangel gerügt werden, der sich erst später zeigt, vielmehr gilt Abs. 3 nur für diejenigen Mängel, die nicht schon nach Abs. 1 gerügt werden mussten. Eine Rüge nach Entdeckung des Mangels nach Abs. 3 ist nicht mehr ausreichend, wenn der Mangel bei ordnungsgemäßer Untersuchung hätte erkannt werden müssen (Abs. 1), da dann die Ware bereist nach Abs. 2 genehmigt ist. Abs. 3 erfasst demnach die sog. versteckten Mängel.

3. Die Frist für die Rüge wird außerordentlich kurz bemessen. Eine Form ist nicht vorgeschrieben. Welche Anforderungen an die Bestimmtheit einer Mängelrüge zu stellen sind, kann letztlich nur unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalles entschieden werden. Die Rechtsprechung hält daran fest, dass der Käufer, der seine Gewährleistungsansprüche wahren möchte, nicht eine in alle Einzelheiten gehende, genaue und fachlich richtige Bezeichnungen verwendende Rüge formulieren muss. Es genügt vielmehr, wenn ihr der Verkäufer aus seiner Sicht, ohne dass es auf die Verständnismöglichkeit eines außenstehenden Dritten ankäme, entnehmen kann, in welchem Punkt der Käufer mit der gelieferten Ware - als nicht vertragsgemäß - nicht einverstanden ist. Maßgebende Richtschnur ist dabei der Sinn der dem Käufer vom Gesetzgeber auferlegten Obliegenheit zur Mängelrüge. Der Verkäufer soll angesichts der Beweisnot, in die er mit zunehmendem Zeitablauf zu geraten droht, in die Lage versetzt werden, möglichst bald den Beanstandungen durch den Käufer nachzugehen, gegebenenfalls Beweise sicherzustellen und zudem zu prüfen, ob er den als sicher oder möglicherweise berechtigt erkannten Beanstandungen nachkommen und damit einen etwaigen Rechtsstreit vermeiden will. Gleichzeitig soll er gegen ein Nachschieben anderer Beanstandungen durch den Käufer geschützt werden. Es bedarf danach nicht so sehr der Aufdeckung der Ursachen des Fehlers als vielmehr seiner Beschreibung (BGH, NJW 1986, 3136 (3137)).

4. Die Rüge ist empfangsbedürftig. Die rechtzeitige Absendung genügt gemäß § 377 Abs. 4 HGB zur Fristwahrung.

*iv. Die Rechtsfolgen des Rügeversäumnisses*

1. Nach § 377 Abs. 2, Abs. 3 HS 2 HGB gilt die Ware als genehmigt, d.h. sie gilt als vertragsgemäß. Rechtstechnisch kann man diese Vorschrift als Fiktion einordnen (K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage, 1999, § 29 III 5 a). Der Mangel ist vorhanden, aber die Ware gilt als mangelfrei. Ein Mangel kann nicht mehr geltend gemacht werden. Die Verletzung der Rügeobliegenheit nimmt den Käufer aber nicht nur die Rechte aus §§ 434 ff. BGB. Der Käufer kann aus dem Mangel keinerlei Rechte mehr herleiten, weder aus § 119 Abs. 2 BGB, Unmöglichkeit, Leistungsverzögerung etc. Der Verlust von Rechten durch das Rügeversäumnis erfasst aber nur diejenigen Rechte, die sich aus der Mangelhaftigkeit herleiten. Vor allem bei Mangelfolgeschäden kann dies zu schwierigen Abgrenzungsproblemen führen. Die Verletzung der Rügeobliegenheit gemäß § 377 Abs. 1 HGB hat nicht den Verlust deliktischer Ansprüche wegen einer durch die Schlechtlieferung verursachten Verletzung eines der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter des Käufers zur Folge (BGHZ 101, 337).

2. Die Rechte des Verkäufers bleiben durch die Nichtrüge unberührt. Er kann grundsätzlich den vollen Kaufpreis verlangen.

3. Kein Rechtsverlust für den Käufer tritt ein, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Dafür genügt es nicht, dass der Verkäufer den Mangel kannte, sondern es muss hinzukommen, dass er wusste oder damit rechnete, der Käufer werde die Ware bei Kenntnis des Mangels nicht als Erfüllung annehmen.

*v. Die Rechtsfolgen rechtzeitiger Rüge*

Die rechtzeitige Rüge verschafft keine neuen Rechte, aber sie erhält dem Käufer die Rechte wegen mangelhafter Lieferung.

**6. Verbraucherkredit (§§ 491 bis 512 BGB)**

Schon vor Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuchs sah sich der Gesetzgeber gehalten, für den Verbraucherbereich mit dem Abzahlungsgesetz eine Sonderregelung festzuschreiben, die der besonderen Anfälligkeit der Verbraucher für unbedachte Kreditaufnahmen Rechnung tragen sollte. An die unbedachte Aufnahme von Geldkrediten hatte der Gesetzgeber aber dabei noch nicht gedacht. Das tat er erst mit dem am 1. Januar 1991 in Kraft getretenen Verbraucherkreditgesetz, das das Abzahlungsgesetz ablöste. Angehalten wurde er dazu durch eine Richtlinie des Rates der EG vom 22.12.1986 zur Angleichung der Rechts- und

Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (87/102/EWG, AMTSBLATT NR. L 042 VOM 12/02/1987 S. 0048; geändert und ergänzt durch Richtlinie des Rates vom 22. Februar 1990 zur Änderung der Richtlinie 87/102/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (90/88/EWG, AMTSBLATT NR. L 061 VOM 10/03/1990 S. 0014) und durch Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Änderung der Richtlinie 87/102/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (98/7/EG, AMTSBLATT NR. L 101 vom 1. April 1998 S. 17).

Im Rahmen der Schuldrechtsreform schließlich hat der Gesetzgeber - geleitet von dem Gedanken, der Zersplitterung des Zivilrechts durch zahlreiche neben dem BGB stehende verbraucherschützende Sondergesetze ein Ende zu setzen - das Verbraucherkreditgesetz weitgehend inhaltlich unverändert in das BGB überführt (§§ 491 bis 512 BGB). Diese in das Gelddarlehensrecht des BGB integrierten Vorschriften regeln nunmehr alle Kreditformen, mit denen sich gewerbliche Kreditgeber und Kreditvermittler an natürliche Personen als Kreditnehmer wenden, wenn dem Kredit entweder ein privater Konsumzweck zugrunde liegt oder ein Kredit bis zu 75.000 € zu einer Existenzgründung verwendet werden soll (§§ 491, 512 BGB). Ausgenommen vom Anwendungsbereich des Verbraucherkreditrechts sind unter anderem Nettokredite bis zu 200 € Zahlungsaufschübe bis zu drei Monaten, Arbeitgeberkredite mit Zinsen, die unterhalb der marktüblichen Zinsen liegen, Kredite, die nur mit einem begrenzten Personenkreis auf Grund von Rechtsvorschriften des öffentlichen Rechts abgeschlossen werden. Das alles ergibt sich aus den §§ 491 Abs. 2, 3, 506 Abs. 1, 3 BGB.

Mit dem 11. Juni 2010 ist das Verbraucherkreditrecht noch einmal einer Revision unterworfen worden. Die erneute Revision des Verbraucherkreditrechts geht auf die Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbraucherkreditverträge vom 23. April 2008 zurück.

Die Sicherung vor unbedachter Kreditaufnahme versucht das Verbraucherkreditrecht dadurch zu realisieren, dass es dem Verbraucher einerseits ein Reurecht in Form eines Widerrufsrechts nach § 355 BGB einräumt (§ 495 BGB) und andererseits ein Form- und Transparenzgebot formuliert (§ 492 BGB), mit dem dem Verbraucher die Informationen zur Verfügung gestellt werden sollen, die eine vernünftige Entscheidung über Annahme oder Ablehnung des Kredits nach Vorstellungen des Gesetzgebers ermöglichen. Insoweit setzt der Gesetzgeber auf ein Marktmodell. Er trägt lediglich Sorge dafür, dass den Marktteilnehmern die

Informationen zur Verfügung gestellt werden, die ein rationales Verhalten auf dem Markt ermöglichen.

Die einzelnen Erfordernisse findet man in Artikel 247 EGBGB mit detaillierten Informationsverpflichtungen und Voprgabe der zu verwendenden Muster (unbedingt lesen!). Für den Kreditkauf, das Ratenzahlungsgeschäft, werden folgende Angaben verlangt:

- der Barzahlungspreis;
- der Teilzahlungspreis (Gesamtbetrag von Anzahlung und allen vom Verbraucher zu entrichtenden Teilzahlungen einschließlich Zinsen und sonstiger Kosten);
- Betrag, Zahl und Fälligkeit der einzelnen Teilzahlungen;
- der effektive Jahreszins;
- die Kosten einer Versicherung, die im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag abgeschlossen wird;
- die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts oder einer anderen zu bestellenden Sicherheit.

Von besonderer Bedeutung ist die Angabe des effektiven Jahreszinses. Mit ihm soll ein einheitlicher Vergleichsmaßstab für Kredite geschaffen werden. In ihm soll die in einem Vomhundertsatz des Nettokreditbetrages (bei Geldkrediten) oder des Barzahlungspreises (bei Leistungskrediten) gemessene Gesamtbelastung pro Jahr zum Ausdruck gebracht werden. Wie das geschehen kann, haben wir schon im Zusammenhang mit dem wucherähnlichen Ratenkredit ausgeführt.

**Ceterum censeo:** Die Handhabung eines Tabellenkalkulationsprogramms gehört zur Allgemeinbildung und damit auch zur Bildung der Juristen (wenigstens der jüngeren Generation).

Bedauerlicherweise enthält das Transparenzgebot beim Ratenkauf ein Schlupfloch. Wer ausschließlich Kreditkäufe anbietet, ist von der Angabe des Barzahlungspreises und des effektiven Jahreszinses befreit (§ 507 Abs. 3 BGB).

#### *a. Verletzung des Transparenzgebots*

An die Verletzung des Form-, Transparenz- und Informationsgebots knüpft das Gesetz recht unterschiedliche Folgen, die wir §§ 494 und 507 BGB entnehmen können. Zunächst wird die Nichtigkeit des Verbraucherdarlehensvertrages

angeordnet. Doch wird der Vertrag geheilt, wenn das Darlehen ausgezahlt bzw. die Kaufsache geliefert wird. Allerdings finden jetzt verschiedene Anpassungen statt. Die einfachste gilt für die nicht genannten Sicherheiten. Sie müssen nicht gewährt werden. Die schwierigeren finden sich für die Preisgestaltung. Hier finden Anpassungen statt, für die der gesetzliche Zinssatz, der Sollzinssatz und der effektive Jahreszins eine wichtige, aber nicht immer leicht zu durchschauende Rolle spielen. Das wollen wir an Fallbeispielen näher beleuchten.

*b. Fälle zu den Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Effektivzinsangaben*

Mit den Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Effektivzinsangaben nach dem Verbraucherkreditrecht habe ich mich in einem Beitrag zur Festschrift für Günther Jahr befasst (Ungereimtes bei den Rechtsfolgen fehlender und falscher Effektivzinsangaben nach dem Verbraucherkreditgesetz, in: Festschrift für Günther Jahr, 1993, S. 367 bis 400). Ich nutze meine dortigen Ausführungen als Steinbruch für Diskussion und Lösung der in der Vorlesung vorgestellten Beispielfälle. Dabei orientiere ich mich nicht mehr am Verbraucherkreditgesetz, sondern an den seit dem 11.6.2010 geltenden Regelungen des Verbraucherkreditrechts im BGB. Die Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Effektivzinsangaben sind auch jetzt noch ungereimt.

Die Beispielfälle kreisen um einen Kredit, der als Geldkredit zu diesen Konditionen von einem Saarbrücker Bankinstitut angeboten worden ist:

- Nettokredit 10.000,00
- Zinsen (mon. 0,55 %) 1.980,00
- Gebühren (2 %) 200,00
- Kreditkosten 2.180,00
- Kreditbetrag 12.180,00
- Monatliche Raten 339,00
- 1. Rate am 1.12.2002 315,00
- 36. Rate am 1.11.2005 339,00
- Effektiver Jahreszins 14,20%

Nach dem seit dem 11.6.2010 geltenden Verbraucherkreditrecht dürfte der Kredit in dieser Form nicht mehr angeboten werden. Bei den Zinsen muss heute ein auf

das Jahr bezogener Sollzinssatz genannt werden. Die Informationen hätten also wie folgt aussehen müssen:

- Nettokredit 10.000,00
- Zinsen (Sollzinssatz 13%) 1.980,00
- Gebühren (2 %) 200,00
- Kreditkosten 2.180,00
- Kreditbetrag 12.180,00
- Monatliche Raten 339,00
- 1. Rate am 1.12.2002 315,00
- 36. Rate am 1.11.2005 339,00
- Effektiver Jahreszins 14,20%

Mit den Informationen zum Sollzinssatz erledigen sich einige der von mir in der Festschrift für Günther Jahr angesprochenen Probleme (in dem Sinne, wie ich es dort vorgeschlagen hatte).

In der ersten Variante sieht sich ein Richter mit dem Begehren konfrontiert, festzustellen, dass keine Raten in der angegebenen Höhe geschuldet werden, weil der effektive Jahreszinssatz zu niedrig angegeben sei. In Wirklichkeit betrage er 18%.

Hier muss der Richter, ob er will oder nicht, sich mit dem Konzept des effektiven Jahreszinses und seiner korrekten Berechnung auseinander setzen. § 494 Abs. 3 BGB zwingt ihn dazu. Wenn er den effektiven Jahreszinssatz nicht selbst berechnen kann, muss er sich zur Berechnung der Hilfe eines Sachverständigen bedienen. Wir wissen inzwischen, dass es mit einer Tabellenkalkulation und einem Makro kinderleicht ist, den effektiven Jahreszinssatz beliebiger Ratenkredite zu berechnen. In der elektronischen Dokumentation des Bürgerlichen Vermögensrechts können Sie die Sache mit dem Aufruf von EXCEL und einem vorbereiteten Tabellenblatt testen!

Der nach der PreisangabenVO 2000 berechnete effektive Jahreszinssatz beträgt 14,10%. Der errechnete effektive Jahreszins ist niedriger als der von der Bank angegebene Zinssatz. An eine Abweichung der Angabe nach oben knüpft das Gesetz keine Rechtsfolgen. Die Klage ist abzuweisen.

Schwieriger wird die Sache, wenn der effektive Jahreszinssatz zu niedrig oder gar nicht angegeben ist. Das kann bei einem Geldkredit wie bei einem Sachkredit der



Fall sein. Wir orientieren uns an dem schon geschilderten Kredit und differenzieren zwei Fälle. In dem einem Fall wird ein Geldkredit zum Erwerb einer Stereoanlage aufgenommen, in dem anderen die Stereoanlage auf Raten gekauft.

Die Konditionen für den Geldkredit stimmen mit denen überein, die wir gerade angesprochen haben. Die Konditionen des Ratenzahlungskaufs lauten:

- Barzahlungspreis 10.000,00
- Teilzahlungspreis 12.180,00
- Monatliche Raten 339,00
- 1. Rate am 1.12.2002 315,00
- 36. Rate am 1.11.2005 339,00

Beide Fälle werden so variiert, dass einmal kein effektiver Jahreszinssatz und zum anderen ein effektiver Jahreszinssatz von 12% angegeben ist.

### *c. Die gesetzliche Regelung im ersten Zugriff*

Das Fehlen der Angabe des effektiven Jahreszinssatzes in einem Verbraucherkreditvertrag, sei es in einem Kreditvertrag über Geldleistungen, sei es in einem Kreditvertrag über sonstige Leistungen, führt zur Nichtigkeit des Vertrages (§§ 494 Abs. 1 und 507 Abs. 2 Satz 1 BGB). Werden die Kreditleistungen jedoch in Anspruch genommen, so wird der nichtige Vertrag gültig - allerdings nicht zu den ursprünglich ausbedungenen Gegenleistungen, sondern zu Gegenleistungen, für deren Bemessung der gesetzliche Zinssatz eine Rolle spielt. Dies ist für den Geldkredit in § 494 Abs. 2 und für den Sachkredit in § 507 Abs. 2 Satz 2 BGB geregelt.

Eine falsche Effektivzinsangabe ist folgenlos, solange der effektive Jahreszinssatz zu hoch angegeben ist. Die Angabe eines zu niedrigen effektiven Jahreszinssatzes hat Folgen. Sie führt allerdings nicht zur Nichtigkeit des Kreditvertrages, sondern zur Minderung der Gegenleistung „um den Vomhundertsatz, um den der effektive Jahreszins ... zu niedrig angegeben ist“ (§§ 494 Abs. 3, 507 Abs. 2 Satz 5 BGB). Dabei ist der Ansatzpunkt für die Minderung beim Geldkredit „der dem Kreditvertrag zugrunde gelegte Sollzinssatz“ und beim Sachkredit der Gesamtbetrag (Teilzahlungspreis). Die Anpassung der Raten erfolgt in beiden Fällen über § 494 Abs. 5 BGB.

Im Folgenden wollen wir versuchen, den Regelungsgehalt der in den genannten Vorschriften getroffenen Anordnungen zu erfassen. Der Versuch führt bei der

Feststellung des vom Gesetzgeber Gesagten<sup>1</sup> zu Unklarheiten und Offenheiten, bei der Feststellung des vom Gesetzgeber Gewollten<sup>2</sup> zu rechtspolitisch fragwürdigem, zu Ungereimtheiten und zu Wertungsinkonsistenzen. Die Fragen lauten alsdann: Welche Lösungen können dem Rechtsanwender *de lege lata* empfohlen werden? Welche Lösungsmöglichkeiten bleiben dem Spruch des Gesetzgebers *de lege ferenda* vorbehalten? Mit diesen Fragen<sup>3</sup> sprechen wir ein Kernproblem der juristischen Methoden- und Begründungslehre an.

Wir beginnen mit den Folgen der fehlenden Angabe.

#### *d. Fehlende Angabe des effektiven Jahreszinssatzes*

Fehlt die Angabe des effektiven Jahreszinssatzes bei einem Geldkredit, so ordnet, wenn der Kredit in Anspruch genommen wird, § 494 Abs. 2 und 5 BGB zweierlei an: Der dem Kreditvertrag zugrunde gelegte Sollzinssatz ermäßigt sich auf den gesetzlichen Zinssatz. Die vereinbarten Teilzahlungen sind neu zu berechnen. Fehlt die Angabe des effektiven Jahreszinssatzes bei einem Teilzahlungsgeschäft, so ordnet, wenn die Leistung erbracht wird, § 507 Abs. 2 Satz 3 BGB nur eines an: Der Barzahlungspreis ist mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen. Die Neuberechnung der vereinbarten Teilzahlungen ergibt sich aus § 494 Abs. 5 BGB (wird durch § 507 Abs. 1 BGB nicht ausgeschlossen).

- 
1. Dabei geht es um die Analyse des Gesetzestextes als nicht nur isoliertes sprachliches Gebilde, sondern auch als Bestandteil eines Satzsystems. Vgl. dazu Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, S. 437 ff.; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, Kapitel 4 (2 a und b); zu den bedeutungstheoretischen Grundlagen Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, 1982, § 16.
  2. Das ist der zweite Bindungspol der gesetzgebundenen Rechtsanwendung. Vgl. Rüßmann, *Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzesbindung*, in: Behrends/Dießelhorst/Dreier (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft*, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, 1990, S. 35, 41 ff.
  3. Sie richten sich beide auf das Vernünftige (Gerechte) einer Lösung, das vom Gesetzgeber mit größerem Spielraum zur Geltung gebracht werden kann als vom gesetzgebundenen Rechtsanwender. Für den Rechtsanwender leitet es die Ausfüllung von Auslegungs- und Rechtsfortbildungsspielräumen.

*i. Das vom Gesetzgeber Gesagte und Gewollte*

Suchen wir das vom Gesetzgeber Gesagte festzuhalten, stehen wir auf sicherem Grund nur mit Blick auf die Neuberechnungsanordnung für die vereinbarten Teilzahlungen. Wir wähen uns womöglich noch sicher mit Blick auf die Verzinsung des Barzahlungspreises zum gesetzlichen Zinssatz. Wer wüsste nicht, was es heißt, eine Forderung zu verzinsen? Doch könnten wir uns hier schon täuschen. Ist etwa der gesamte (nominelle) Barzahlungspreis während der in Aussicht genommenen Kreditzeit mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen, oder gilt die Verzinsungspflicht nur für den noch nicht zurück gezahlten Teil des Barzahlungspreises? Die Verpflichtung, die Raten neu zu berechnen, klärt diesen Punkt.

Schwierigkeiten macht uns der Normtext auch bei der Ermittlung dessen, was der dem Kreditvertrag zugrunde gelegte Sollzinssatz sei. Ist es der dem Vertrag (verdeckt, aber tatsächlich) zugrunde liegende effektive Jahreszinssatz, oder ist es ein Zinssatz, den der Kreditgeber den Berechnungen im Kreditvertrag (offen, aber irreführend) zugrunde legt? Der isolierte Text des § 494 Abs. 2 Satz 2 BGB ist für beide Lösungen offen. Erst die sich aus der Gegenüberstellung von Nr. 3 und Nr. 5 in Artikel 247 § 3 Abs. 1 EGBGB ergebende Differenzierung zwischen dem Sollzinssatz und dem effektiven Jahreszins enthält einen Fingerzeig dahin, dass nicht der effektive Jahreszins, sondern ein anderer Zinssatz auf den gesetzlichen Zinssatz ermäßigt werden soll. Ein weiteres Indiz für diese Auffassung kann man darin sehen, dass der Gesetzgeber die Anordnung der Ermäßigung des effektiven Jahreszinses auf den gesetzlichen Zinssatz viel einfacher hätte ausdrücken können. Schließlich wissen wir, dass in die Ermittlung des effektiven Jahreszinses die mithilfe des dem Vertrag zugrunde gelegten Zinssatzes errechneten Zinsen (Kreditgebühren) und die weiteren Kosten wie etwa Vermittlungsgebühren und Bearbeitungsgebühren eingehen. Die Bezugnahme auf eine Teilkomponente des effektiven Jahreszinses kann deshalb schlecht eine Bezugnahme auf den effektiven Jahreszins sein. Die Sprachanalyse deutet deshalb auf den vom Kreditgeber angegebenen Zinssatz (Sollzinssatz). Viel weiter kommen wir damit aber noch nicht.

Nach dem Gesagten soll der dem Vertrag zugrunde gelegte Sollzinssatz auf den gesetzlichen Zinssatz beschränkt werden. Dieser Zinssatz wird heute gesetzlich definiert (§ 489 Abs. 5 BGB): „Sollzinssatz ist der gebundene oder veränderliche periodische Prozentsatz, der pro Jahr auf das in Anspruch genommene Darlehen angewendet wird.“ Mit dieser Information ist klar, dass der Sollzinssatz von 13% auf 4% reduziert wird. Auf dieser Basis sind die Raten neu zu berechnen.

Vergegenwärtigen wir uns die Folgen unserer bisherigen Rekonstruktionsbemühungen um den Inhalt der vom Kreditnehmer im Falle des Fehlens der Angabe des effektiven Jahreszinssatzes geschuldeten Gegenleistung in Zahlen, so ergibt sich Folgendes.

*(1) Der Sachkredit*

Beim Sachkredit ist der jeweils noch ausstehende Betrag vom Barzahlungspreis mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen. Die Teilzahlungen sind in die veränderte Situation anzupassen. Die für diesen Fall geltende Kreditentwicklung bei einem Zinssatz von 4% lässt sich in der Tabellenkalkulation leicht nachvollziehen, wenn man in das vorbereitete Kalkulationsblatt zur Anpassung die Kreditdaten einträgt, die Berechnung des effektiven Jahreszinssatzes durch den Schalter BERECHNEN auslöst, alsdann in die Zelle zur Angabe 4% einträgt und den Schalter zur Anpassung betätigt. Das System berechnet jetzt den Anpassungsfaktor für alle Raten, mit dem unter Beibehaltung der Laufzeit und der Fälligkeiten Ratenhöhen herauskommen, die genau einer Effektivverzinsung von 4% entsprechen.

Aus der ersten Rate von 315,00 wird eine Rate von 274,61, und aus der Normalrate von 339,00 wird eine Rate von 295,54. Insgesamt entstehen Kreditkosten in Höhe von 618,40 statt 2.180,00.

*(2) Der Geldkredit*

Beim Geldkredit sieht die Sache so aus: Es soll der Sollzinssatz (13%) auf den gesetzlichen Zinssatz (4%) reduziert werden. Bei 13% ergaben sich Zinsen von insgesamt 1.980; bei 4% sind es 609,23. Die erste Rate beträgt 279,50. Die Folgeraten belaufen sich auf 300,79.

Der Geldkreditnehmer muss den Nettokredit mit 5,2% und der Sachkreditnehmer den Barzahlungspreis mit 4% verzinsen. Absolut entrichtet der Geldkreditnehmer 609,23 Kreditgebühren plus 200,00 Bearbeitungsgebühr und der Sachkreditnehmer 618,40 Zinsen. Für diese Diskrepanz gibt es keine sachliche Rechtfertigung.

Die Aufspaltung der Gegenleistung des Kreditnehmers in die verschiedensten Bestandteile (Kreditgebühren, Vermittlungskosten, Bearbeitungskosten) ist nicht etwa dem Transparenzgebot geschuldet, sondern hält den Sollzinssatz künstlich niedrig. Darin liegt ein beträchtliches Täuschungspotential, das mit der Pflicht zur Angabe des effektiven Jahreszinssatzes, in den alle Kostenbestandteile eingehen, beschnitten, aber nicht ausgeschlossen wird. Dem Transparenzgebot wäre

vollkommen genügt, wenn der Nettokredit (Barzahlungspreis), der Ratenplan mit dem insgesamt zu zahlenden Betrag (Teilzahlungspreis) und der effektive Jahreszinssatz angegeben würden, wie das beim Sachkredit ja auch der Fall ist. Die zum gesetzlichen Gebot erhobene Angabe des (Soll-)Zinssatzes und der übrigen Kostenbestandteile erhöht die Transparenz für den an einer Einschätzung der Belastung interessierten Kreditnehmer nicht; im Gegenteil: Sie mag ihn in die Irre führen.

Doch ist dieses Gebot nun einmal Gesetz, und man könnte sich durchaus mit ihm arrangieren, wenn nicht zu allem Unglück der Gesetzgeber an die Verletzung des Gebots unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft hätte: Die Ermäßigung des Sollzinssatzes auf den gesetzlichen Zinssatz, wenn der Sollzinssatz oder der Effektivzinssatz nicht angegeben sind, und das Nichtgeschuldetsein nicht angegebener Kosten. Das eröffnet bei unveränderten Gesamtkosten eine Verteilung (Verschiebung) der Kosten auf unterschiedlich benannte Posten (von nur Kreditgebühren auf Kreditgebühren, Bearbeitungskosten und Vermittlungskosten), bei der die Be- und Verrechnung der Raten problematisch wird.

Die Diskrepanz der Abwicklung des Geldkredits zur Abwicklung des Sachkredits ist der Tatsache geschuldet, dass der Gesetzgeber beim Geldkredit Zinsen und übrige Kostenbestandteile unterschiedlich behandelt. Über diese rechtspolitische Fehlleistung kann sich der Rechtsanwender nicht einfach hinwegsetzen. Sie führt auch nicht zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots und damit zur Verfassungswidrigkeit der getroffenen Regelung.

Man mag sich zwar fragen, warum der Gesetzgeber beim Geldkredit eine unterschiedliche Behandlung der Nichtangaben von Sollzinssatz sowie Effektivzinssatz einerseits und von Kosten andererseits angeordnet hat, beim Sachkredit hingegen nicht. Die Antwort ist der Gesetzgeber schuldig geblieben. Er wollte wohl beim Geldkredit differenziert reagieren und hat die dadurch bedingte Ungleichbehandlung des Sachkredits übersehen. Die Ungleichbehandlung ist aber nicht rechtsverbindlich festgeschrieben. Tatsächlich wirkt sie sich nur dadurch aus, dass es bei Sachkrediten unüblich ist, Einmalgebühren und laufende Gebühren getrennt auszuweisen. Es ist indessen keineswegs verboten, eine solche getrennte Ausweisung vorzunehmen. Käme nun ein Sachkreditgeber auf die Idee, die Kosten des Kredits in dieser Weise anzugeben, so müsste man sich bei dem Fehlen der Effektivzinsangabe fragen, ob nur der Barzahlungspreis mit dem gesetzlichen Zinssatz zu verzinsen ist oder ob daneben auch die getrennt ausgewiesene Bearbeitungsgebühr entrichtet werden muss. Der Gesetzgeber hat diesen Fall in § 507 Abs. 2 BGB nicht geregelt, weil er an ihn offensichtlich nicht gedacht hat. Dort, wo er ihn bedacht hat, in § 494 Abs. 4 BGB nämlich, hat er für die

Entrichtung der Bearbeitungsgebühr votiert. Das mag man rechtspolitisch missbilligen. Für den gesetzgebundenen Rechtsanwender ist die Anordnung dennoch verbindlich und in die Regelung qua Analogie zu inkorporieren, in der der Fall der getrennten Ausweisung von Einmalgebühren nicht bedacht worden ist. Das Gleichbehandlungsgebot führt nicht zur Verwerfung der Differenzierung in § 494 Abs. 4 BGB, sondern zur Übernahme der Differenzierung in § 507 Abs. 2 BGB.

*ii. Resümee für das Fehlen der Angabe zum effektiven Jahreszinssatz*

Festzuhalten bleibt, dass eine Anpassung der Regelung des Geldkredits an die Regelung des Sachkredits nicht an Berechnungsschwierigkeiten scheitert und dass sie in der Sache umso eher gelingt, je weniger Kostenbestandteile neben den Kreditgebühren (Zinsen) beim Geldkredit ausgewiesen sind.

Eine weiter gehende Anpassung der Regelung des Geldkredits an die Regelung des Sachkredits, wie sie sich in Anbetracht der vorfindlichen, wenn auch nicht zwingenden, Vertragsgestaltungen ergibt, wäre nur unter Aufgabe der Sonderbehandlung der nicht als Zinsen behandelten Kosten des Geldkredits möglich. Sie kann jedoch allein durch den Gesetzgeber erfolgen. Zwar führt auch die Sonderbehandlung zu einer tatsächlichen Ungleichbehandlung von Geldkredit und Sachkredit, für die es kaum sachliche Gründe gibt. Doch würde die Aufgabe der Sonderbehandlung den möglichen Wortsinn der Regelung sprengen. Mit einer Analogie als Vehikel der Rechtsfortbildung jenseits des möglichen Wortsinns kann man keine eindeutige Anordnung des Gesetzgebers verdrängen. Ein dem Normtext widersprechendes Ziel des Gesetzgebers lässt sich nicht feststellen. Und die Diskrepanz in den Rechtsfolgen ist schließlich nicht rechtlich zwingend, sondern allein Folge der tatsächlichen Ausgestaltung der Sachkreditverträge.

*e. Folgen der Angabe eines zu niedrigen effektiven Jahreszinssatzes*

Der Gesetzgeber hat mit §§ 494 Abs. 3 und 507 Abs. 2 Satz 5 BGB der Praxis eine Regel beschert, die einerseits nicht besonders klar ist und die andererseits nach einer Klarstellung unter noch krasserer Wertungsinkonsistenzen und Ungereimtheiten leidet als die gerade für das Fehlen der Effektivzinsangabe entwickelte Regelung. Das wird die Frage nach der Verbindlichkeit des Angeordneten aufwerfen.

*i. Das vom Gesetzgeber Gesagte*

Es soll beim Geldkredit der dem Vertrage zugrunde gelegte Zinssatz und beim Sachkredit der Gesamtbetrag (Teilzahlungspreis) um den Prozentsatz vermindert werden, um den der effektive Jahreszinssatz zu niedrig angegeben ist. Die erste Frage ist, wie man diesen Prozentsatz ermittelt: als absolute Differenz des richtigen und des angegebenen Zinssatzes oder als relative Differenz. Beides ist sprachlich möglich, weil es um die Differenzen von Einheiten geht, die schon in Prozentsätzen ausgedrückt sind. Wäre das nicht der Fall, gäbe es einen Prozentsatz nur als relative Differenz. 10 Äpfel sind um 25% mehr als 8 Äpfel, oder 8 Äpfel um 20% weniger als 10 Äpfel, je nachdem, welchen Betrag man als Basis für 100% nimmt. Es handelt sich jeweils zwingend um relative Differenzen. Bei Effektivzinsangaben von 8% gegenüber 10% kommt als Prozentsatz, um den der effektive Jahreszinssatz zu niedrig angegeben ist, auch die absolute Differenz von 2% in Betracht. Dem vom Gesetzgeber Gesagten lässt sich der Regelungsgehalt der §§ 494 Abs. 3 und 507 Abs. 2 Satz 5 BGB nicht abgewinnen.

*ii. Das vom Gesetzgeber Gewollte*

Befragen wir für das, was der Gesetzgeber gewollt hat, den „Vater des Gesetzes“! Der meint, der Gesetzgeber habe die absolute Differenz gemeint (Seibert, § 6 Rdnrn. 11 und 12), bei den von uns gerade gegriffenen Zahlen also 2%.

Gehen wir mit dieser Meinung an unseren Fall heran, bei dem die Angabe auf 12% lautet! Die absolute Differenz zum richtigen effektiven Jahreszinssatz beträgt 2,1%. Doch wie soll es nun weiter gehen? Wir stoßen gleich auf die nächste Unklarheit. Beim Geldkredit ist ein Zinssatz zu vermindern. Auch das kann wieder absolut durch Subtraktion der eben festgestellten absoluten Differenz vom Nominalzins geschehen wie relativ durch die Formel „Nominalzins mal (1 minus Zinsdifferenz)“. Beim Sachkredit steht von vornherein nur die relative Minderung zu Gebote, da der zu mindernde Wert kein Prozentwert, sondern der Gesamtbetrag ist. Die Minderungsformel lautet daher eindeutig „Gesamtbetrag mal (1 minus Zinsdifferenz)“.

Befragen wir den „Vater des Gesetzes“! Der Gesetzgeber soll bei Geldkrediten die absolute Minderung des Nominalzinses (heute Sollzinssatz) und bei Sachkrediten die relative Minderung des Teilzahlungspreises (heute Gesamtbetrag) gewollt haben (Seibert, § 6 Rdnrn. 11 und 12). In der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs (bei Seibert, S. 131) heißt es: „Der Kreditgeber soll dann an dem von ihm zu niedrig angegebenen Effektivzins festgehalten werden.“

Dieses Ziel wird aber von der gesetzlichen Regelung schon deshalb verfehlt, weil beim Geldkredit die Minderung nicht beim effektiven Jahreszins ansetzt, sondern beim Sollzinssatz. Es müsste also mit einem neuen Sollzinssatz von 10,9% der Kredit neu berechnet werden.

Für den Sachkredit käme man in unserem Fall auf einen Gesamtbetrag von 11.924,22. Die Raten müssten bei Aufrechterhaltung der Laufzeit neu berechnet werden. Das geschieht am einfachsten dadurch, dass alle Raten um den Quotienten aus neuem und alten Teilzahlungspreis gekürzt werden. Dann betragen die erste Rate 308,39 und die Normalrate 331,88. Mit diesen Konditionen ergäbe sich ein effektiver Jahreszinssatz von 12,44%. Das entfernt sich nicht allzu sehr von der gesetzgeberischen Zielvorstellung, steht aber doch im Gegensatz zu der Lösung für den Geldkredit.

Doch gibt es gerade auch beim Sachkredit Gestaltungen, die nicht mehr hinnehmbar sind. Bei einem Barzahlungspreis (Nettokredit) von 10.000,00 und einem in 10 Monatsraten aufzubringenden Teilzahlungspreis von 10.800,00 beträgt der effektive Jahreszinssatz 18,5%. Wird der effektive Jahreszinssatz mit 8,5% angegeben, wäre ein Geldkredit ohne Kostenaufspaltung tatsächlich mit diesem Zinssatz zu verzinsen. Die Rate betrüge 1.037,90 und der Bruttokredit 10.379,00. Beim Sachkredit muss hingegen der Kreditnehmer, nimmt man den Gesetzgeber beim Wort, nur noch 9.720,00 und damit weniger als den Barzahlungspreis erlegen. Wieder kommt es zu einer krassen Ungleichbehandlung und einer Verfehlung des gesetzgeberischen Ziels um Längen.

### *iii. Die Unverbindlichkeit des Gesagten und die Verbindlichkeit des Gewollten*

Ich sehe keine Möglichkeit zu einem Lösungsvorschlag, der sich an das vom Gesetzgeber Gesagte bindet und auch nur annähernd das Postulat nachvollziehbarer und wertungskonsistenter Argumentation erfüllt. Was immer man versucht, man stößt allenthalben auf Ungereimtheiten, die sich dem offensichtlich unzureichenden Durchdenken der Materie und der Unkenntnis über die im - auch für die Rechtsanwendung eingeläuteten - Zeitalter des Computers gegebenen Berechnungsmöglichkeiten verdankt. Es war das Anliegen des Gesetzgebers, die Kreditbelastungen an den zu niedrig angegebenen Effektivzinssatz anzupassen. In der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs (bei Seibert, S. 131) können wir lesen: „Der Kreditgeber soll dann an dem von ihm zu niedrig angegebenen Effektivzins festgehalten werden.“ Um dieses Ziel zu erreichen, hat man allerdings einen völlig untauglichen Weg gewählt. Diesem Anliegen wertungsgerecht Rechnung zu tragen, ist für den ein Leichtes, dem ohnehin die Berechnung des korrekten effektiven Jahreszinssatzes



abverlangt wird, mag er sich selbst an den Rechner setzen und mit der Tabellenkalkulation spielen oder mag er einen Sachverständigen für sich spielen lassen. Der Knoten des in §§ 494 Abs. 3 und 507 Abs. 2 Satz 5 BGB angelegten Wirrwarrs lässt sich mit der einfachen Regel durchschlagen: „Wird der effektive ... Jahreszins zu niedrig angegeben, so richten sich die Leistungen des Kreditnehmers nach dieser Angabe. Vereinbarte Teilzahlungen sind neu zu berechnen.“ Die Frage kann nur noch lauten, ob dem Rechtsanwender das Schwert zu Gebote steht, das ihm den Weg zu dieser Regel bahnt. Da die Regel die Grenzen des möglichen Wortsinns der vom Gesetzgeber in §§ 494 Abs. 3 und 507 Abs. 2 Satz 5 BGB formulierten Regel sprengt, ist die Frage gleichbedeutend mit der Frage nach den Grenzen der Rechtsfortbildung durch den Rechtsanwender.

#### *iv. Grenzen der Rechtsfortbildung*

Eine aus der Funktionenordnung der Verfassung und dem Gewaltenteilungsprinzip gewonnene Grenze ist das Verbot der Entscheidung gegen das vom Gesetzgeber Gesagte und von ihm zugleich Gewollte (Entscheidung contra legem). Ob es sich bei §§ 494 Abs. 3 und 507 Abs. 2 Satz 5 BGB um eine Regel dieser Qualität handelt, ist entgegen dem ersten Anschein nicht so ohne Weiteres zu beantworten. Das Gewollte kann nämlich unterschiedliche Bezugspunkte haben: das Gesagte und das hinter dem Gesagten liegende Ziel. Fragen wir uns, ob der Gesetzgeber das sagen wollte, was er gesagt hat, verdient die Frage ausweislich der Gesetzesmaterialien ein eindeutiges Ja. In der amtlichen Begründung heißt es nämlich: „Abs. 4 enthält eine Sanktion für den Fall, dass die für den Verbraucher besonders wichtige Angabe des effektiven Jahreszinses abweichend von der tatsächlichen Belastung zu niedrig angegeben ist. Der Kreditgeber soll dann an dem von ihm zu niedrig angegebenen Effektivzins festgehalten werden. Dies geschieht, indem der Nominalzins ... um die Differenz zwischen dem richtigen und dem zu niedrig angegebenen Effektivzins vermindert wird ... . Für den Abzahlungskauf ist eine vergleichbare Kürzung des Zinssatzes nicht möglich. Hier wird der Teilzahlungspreis um den Vomhundertsatz vermindert, um den der Effektivzins zu niedrig angegeben ist. Dies führt in der Mehrzahl der Fälle zu einem den Geldkrediten ... vergleichbaren Ergebnis.“ Fragen wir uns, ob der Gesetzgeber mit Blick auf das von ihm verfolgte Ziel das gewollt hat, was das Gesagte und als Gesagtes Gewollte bewirkt, so lautet ausweislich der nämlichen Gesetzesmaterialien die Antwort ebenso eindeutig Nein. Der Gesetzgeber hat sich im Mittel vergriffen. Er wollte das Mittel als Mittel. Das von ihm gewollte Ziel hat er mit diesem Mittel aber verfehlt. Darf hier der Rechtsanwender eingreifen und dem vom Gesetzgeber als Ziel Gewollten auch gegen den gewollten Gesetzestext zur Geltung verhelfen (zu dieser Möglichkeit der Rechtsfortbildung Koch/Rüßmann, § 23, 1)? Im Grundsatz stehe ich einer solchen Möglichkeit

außerordentlich skeptisch und zurückhaltend gegenüber. Wie leicht wäre es dem Rechtsanwender, sich über Anordnungen des Gesetzgebers hinwegzusetzen unter Berufung auf die sonst drohende Verfehlung des sicherlich immer angestrebten Ziels der Gerechtigkeit. Wenn ich im konkreten Fall dennoch zu einer Rechtsfortbildung durch den Rechtsanwender rate und diese nicht durch das Verbot der Entscheidung *contra legem* gehindert sehe, so nur deshalb, weil erstens das Ziel ein konkret gefasstes und in den Materialien zum Ausdruck gebrachtes Nahziel des Gesetzgebers ist und zweitens nur die vorgeschlagene Regel das Ziel auf einfache und einsichtige Art verwirklichen hilft. Auch dem Gesetzgeber stünde keine andere Regel zu Gebote, um das von ihm verfolgte Ziel zu erreichen. Bei einem unter Beibehaltung des Ziels auf null geschrumpften Ermessensspielraum des Gesetzgebers greift der Rechtsanwender nicht in verbotener Weise in die Funktionenordnung der Verfassung und das Gewaltenteilungsprinzip ein, wenn er diesem Ziel zur Geltung verhilft. Im Gegenteil: Mit der im Wege der Rechtsfortbildung gewonnenen Regel schafft er dem Gleichbehandlungsgebot Raum, an dem ohne die Rechtsfortbildung eine Anwendung des § 507 Abs. 2 Satz 5 BGB (früher § 6 Abs. 4 VerbraucherkreditG) scheitern müsste. Die Rechtsfortbildung wird von der Verfassung geradezu gefordert (vgl. zu der Idee einer von der Verfassung gebotenen Rechtsfortbildung auch Koch/Rüßmann, § 25).

## **7. Das Leistungsstörungenrecht im UN-Kaufrecht (CISG)**

Während das für einen Kaufvertrag in Betracht zu ziehende Leistungsstörungenrecht im BGB im allgemeinen Schuldrecht geregelt ist (§§ 275, 280 ff., 311a, 320 ff. BGB) und durch einige Sondervorschriften des Gewährleistungsrechts modifiziert wird (§§ 437 ff. BGB), sind im CISG die Rechtsbehelfe des Käufers wegen Vertragsverletzung durch den Verkäufer in den Artt. 45 ff. und die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Vertragsverletzung durch den Käufer in den Artt. 61 ff. zusammenfassend geregelt.

Die Rechtsbehelfe, die das Leistungsstörungenrecht des CISG dem Käufer wegen Vertragsverletzung durch den Verkäufer einräumt, stimmen im Wesentlichen mit denen des BGB-Leistungsstörungenrechts überein. Auch das CISG gibt dem Käufer einen Anspruch auf Nacherfüllung (Art. 46 Abs. 2 CISG: Ersatzlieferung; Art. 46 Abs. 3 CISG: Nachbesserung; im BGB: §§ 437 Nr. 1, 439 BGB), einen Schadensersatzanspruch (Art. 45 Abs. 1 b CISG; im BGB: §§ 280 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. 286, Abs. 3 i.V.m. 281 bzw. 282. bzw. 283, 311a Abs. 2, 478 Abs. 2 BGB), ein Rücktrittsrecht (Artt. 45 Abs. 1 a, 49 Abs. 1 CISG: „Erklärung der Aufhebung des Vertrages“; im BGB: §§ 323, 326 Abs. 5, ggf. i.V.m. § 437 Nr. 2, 440 BGB) sowie ein Recht zur Minderung (Art. 50 CISG; im BGB: §§ 437 Nr. 2, 441 BGB).

Über diese Rechtsbehelfe hinaus, die einem Käufer auch beim BGB-Kauf zustehen, gewährt das CISG dem Käufer noch den Rechtsbehelf des Erfüllungsanspruchs (Artt. 45 Abs. 1 a, 46 Abs. 1 CISG), den wir sogleich näher betrachten werden.

*a. Der Anspruch auf Erfüllung als Rechtsbehelf*

Es entspricht kontinentaleuropäischer Rechtstradition, dass der Gläubiger, solange noch nicht erfüllt ist, einen Erfüllungsanspruch hat. Dies folgt aus dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ und ist etwa für das deutsche Recht ganz selbstverständlich. Der Verkäufer kann sich daher nach dem BGB-Schuldrecht nicht einfach durch Leistung von Schadensersatz in Geld von der Erfüllung der geschuldeten Leistung befreien, wenn ihm die Erfüllung der Primärleistungspflicht lästig geworden ist. Demgegenüber hat der Gläubiger nach der Grundkonzeption der Rechte des Common Law nur ausnahmsweise einen Anspruch auf Erfüllung „in Natur“ (specific performance), etwa dann, wenn er gerade ein besonderes Interesse daran hat. Ansonsten kann er nur Schadensersatz in Geld verlangen (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 5. Aufl. 2008, Art. 28 Rdnrn. 2 und 3). Erst diese grundverschiedenen Ausgangspunkte machen es für einen deutschen Juristen verständlich, warum der Erfüllungsanspruch im CISG als Rechtsbehelf konzipiert ist, der erst eingreift, wenn der Schuldner eine Vertragsverletzung begeht, indem er den Vertrag nicht erfüllt. Als weiteres Zugeständnis an die Vertragsstaaten des Rechtskreises des Common Law kann man den Erfüllungsanspruch gemäß Artt. 45 Abs. 1 a, 46 Abs. 1 CISG wegen Art. 28 CISG u.U. nicht vor den Gerichten dieser Vertragsstaaten durchsetzen.

Der Erfüllungsanspruch ist gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG ausgeschlossen, wenn der Käufer bereits einen Rechtsbehelf ausgeübt hat, der mit diesem Verlangen unvereinbar ist. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Käufer bereits die Aufhebung des Vertrages erklärt hat (Art. 81 Abs. 1 Satz 1 CISG) oder wenn er bei Lieferung einer mangelhaften Kaufsache den Erfüllungsanspruch schon im Wege eines Schadensersatzbegehrens gerichtet auf Ersatz des Minderwertes verfolgt (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 46 Rdnr. 7).

Der Erfüllungsanspruch geht bei objektiver Unmöglichkeit der Leistung ebenso wie im deutschen Recht (vgl. § 275 Abs. 1 BGB) unter. Dem wird der Fall gleichgestellt, dass die Kaufsache zwar noch existiert, aber ihr Verbleib unbekannt und nicht aufklärbar ist (wie z.B. beim Diebstahl der Kaufsache). Schließlich führt auch das Unvermögen zum Ausschluss des Erfüllungsanspruchs, wenn man Unvermögen zutreffend - eng - so definiert, dass die Leistung nicht für jedermann,

wohl aber für den Schuldner unmöglich ist, weil er die geschuldete Sache unter keinen Umständen beschaffen kann. Das bedeutet konkret, dass die Beschaffung der Kaufsache dem Verkäufer nicht einmal theoretisch möglich sein darf, weil der Eigentümer der verkauften Sache (bei der Stückschuld) bzw. die Eigentümer der zur Erfüllung in Betracht kommenden Sachen (bei der begrenzten Gattungsschuld: z.B. limitierte Auflage einer CD) unter keinen Umständen bereit ist/sind, die Sache an den Verkäufer zu verkaufen. Dies ist zwar nirgendwo im CISG ausdrücklich geregelt, wird aber allgemein angenommen und mit der „Natur der Sache“ begründet (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 46 Rdnr. 12; Schwenger, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 79 Rdnr. 53 f.). Dies ist im deutschen Recht bei anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit sowie bei anfänglichem und nachträglichem Unvermögen der Leistungserbringung nicht anders, im Gegensatz zum CISG jedoch in § 275 Abs. 1 BGB ausdrücklich geregelt.

Gemäß Art. 79 Abs. 1 CISG hat eine Partei für die Erfüllung ihrer Pflichten nicht einzustehen, wenn sie beweist, dass die Nichterfüllung auf einem außerhalb ihres Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht und dass von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragsschluss in Betracht zu ziehen oder zu vermeiden oder zu überwinden. Alleine auf Grund des Wortlautes dieser Vorschrift („nicht einzustehen“) könnte man annehmen, dass der Schuldner in allen Fällen des Art. 79 Abs. 1 CISG von seiner Primärleistungspflicht befreit wird. Diesem Verständnis des Art. 79 Abs. 1 CISG steht jedoch nach herrschender Meinung sowohl die Entstehungsgeschichte der Vorschrift als auch Art. 79 Abs. 5 CISG entgegen, nach dem Art. 79 CISG die Parteien nur daran hindert, das Recht auf Schadensersatz auszuüben, so dass der Rechtsbehelf des Erfüllungsanspruchs von Art. 79 CISG unberührt bleibt (Schwenger, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 79 Rdnr. 52 (dort mit differenzierter Betrachtung); Reinhart, UN-Kaufrecht, Kommentar, 1991, Art. 79 Rdnr. 11). Dem hält allerdings eine Mindermeinung entgegen, dass es widersprüchlich wäre, dem Schuldner zwar einen Erfüllungsanspruch zu geben, ihn aber bei Nichterfüllung von der Haftung zu befreien. Daher geht diese Ansicht davon aus, dass der Erfüllungsanspruch immer erlischt, wenn Art. 79 Abs. 1 erfüllt ist (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 46 Rdnr. 9; Magnus in: Staudinger, Kommentar zum BGB mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, CISG, 2005, Art. 46 Rdnr. 25).

Der Erfüllungsanspruch geht somit nach herrschender Meinung im Anwendungsbereich des CISG nur bei objektiver und subjektiver Unmöglichkeit der Leistungserbringung unter. In allen anderen Fällen der bloßen

Leistungerschwerung bleibt er grundsätzlich bestehen. In diesen Fällen, in denen die Leistung jedenfalls theoretisch möglich ist, kann es nur in dem seltenen Fall der Überschreitung der äußersten „Opfergrenze“ auf Grund nachträglicher nicht vorhersehbarer Leistungerschwerungen infolge einer wesentlichen Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse zum Untergang des Erfüllungsanspruchs kommen. Diese Opfergrenze soll überschritten sein, wenn dem Schuldner die Vertragserfüllung unter Inkaufnahme schwerer wirtschaftlicher Nachteile schlechthin nicht mehr zugemutet werden kann (vgl. Stoll/Gruber, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 4. Aufl. 2004, Art. 79 Rdnrn. 30 ff. und 48; etwas anders Schwentzer, 5. Aufl. 2008, Rdnr. 30). Das autonome deutsche Kaufrecht regelt diesen Problemkreis differenzierter in § 275 Abs. 2 BGB und § 313 BGB. Nach § 275 Abs. 2 BGB (Fälle sogen. „faktischer oder praktischer Unmöglichkeit“) wird der Verkäufer von der Leistungspflicht befreit, wenn die Leistung unter Beachtung des Inhaltes des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Käufers steht und der Verkäufer von seinem Leistungsverweigerungsrecht aus § 275 Abs. 2 BGB Gebrauch macht. In diesen (seltenen) Fällen, in denen also das Verhältnis des Leistungsinteresses des Käufers zum Aufwand des Verkäufers die Opfergrenze markiert, kann sich der Verkäufer also durch Erhebung einer Einrede von der Leistungspflicht befreien. Dabei werden sowohl anfängliche wie nachträgliche Leistungshindernisse erfasst. Demgegenüber werden in § 313 BGB die Fälle der sogen. „wirtschaftlichen Unmöglichkeit“ erfasst, bei denen anders als bei § 275 Abs. 2 BGB nicht auf das Gläubigerinteresse, sondern vergleichbar zur h.M. im CISG auf die Zumutbarkeit der Leistungserbringung für den Verkäufer abgestellt wird. Ähnlich wie nach den ungeschriebenen Regeln des CISG kommt es darauf an, dass sich die Umstände, die zur Vertragsgrundlage geworden sind, nachträglich schwerwiegend geändert haben, so dass die Parteien den Vertrag, wenn sie diese Veränderungen vorhergesehen hätten, nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten (§ 313 Abs. 1 BGB). Hinsichtlich der in § 313 BGB geregelten Fallgestaltungen der „wirtschaftlichen Unmöglichkeit“ unterscheiden sich denn auch das CISG und das BGB-Kaufrecht nicht so sehr in den Voraussetzungen, sondern vielmehr in den Rechtsfolgen. Beim BGB-Kaufvertrag kann der Käufer unter den Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB in erster Linie Vertragsanpassung verlangen und nur subsidiär gemäß § 313 Abs. 3 BGB vom Vertrag zurücktreten bzw. (bei Dauerschuldverhältnissen) diesen kündigen. Bei Anwendung des CISG kommt dagegen nach herrschender Ansicht nur die Befreiung von der Primärleistungspflicht unter den oben beschriebenen Voraussetzungen in Frage. Diese Rechtsfolge kann der Verkäufer beim BGB-Kaufvertrag nur unter den strengen auf das Käuferinteresse bezogenen Voraussetzungen des § 275 Abs. 2 BGB durch Einredeerhebung herbeiführen, sonst subsidiär gemäß § 313 Abs. 3

BGB durch Rücktritts- bzw. Kündigungserklärung. Es wird allerdings teilweise in der Literatur zum CISG angenommen, dass Art. 79 CISG diesen Problemkreis nur unvollkommen regelt, so dass diese Gesetzeslücke unter Heranziehung des kollisionsrechtlich zur Anwendung kommenden autonomen nationalen Rechts, also bei Anwendung deutschen Rechts über § 313 BGB, geschlossen werden müsse. Die ganz herrschende Meinung ist dieser Lösung jedoch nicht gefolgt, da es wegen der verschiedenen Rechtslage der Vertragsstaaten (z.B. in Frankreich ist der Wegfall der Geschäftsgrundlage grundsätzlich nicht anerkannt) zu einer vom UN-Kaufrecht gerade nicht gewollten Rechtszersplitterung käme (vgl. Stoll/Gruber, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 4. Aufl. 2004, Art. 79 Rdnr. 31).

### *b. Der Anspruch auf Ersatzlieferung*

Der Anspruch auf Ersatzlieferung gemäß Artt. 45 Abs. 1a, 46 Abs. 2 CISG ist vergleichbar mit dem Anspruch auf Nacherfüllung gemäß §§ 437 Nr. 2, 439 BGB, der nach Wahl des Käufers auf Mangelbeseitigung oder Ersatzlieferung gerichtet ist.

#### *i. Anwendbarkeit des Art. 46 Abs. 2 CISG:*

Ist die gelieferte Ware „nicht vertragsgemäß“, dann hat der Käufer unter den Voraussetzungen des Art. 46 Abs. 2 CISG einen Anspruch auf „Ersatzlieferung“. Ist die gelieferte Ware nicht vertragsgemäß, dann hat der Verkäufer aber noch gar nicht erfüllt. Der Anspruch auf „Ersatzlieferung“ ist damit eigentlich nichts Anderes als die Verfolgung des Erfüllungsanspruchs gemäß Art. 46 Abs. 1 CISG. Da aber Art. 46 Abs. 2 CISG gegenüber Abs. 1 weitere Tatbestandsmerkmale enthält, handelt es sich bei Art. 46 Abs. 2 CISG um eine *lex specialis* zu Art. 46 Abs. 1 CISG. Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Absätzen erfolgt mit Blick auf den Wortlaut („Ersatzlieferung“) und den Zweck des Art. 46 Abs. 2 CISG. „Ersatzlieferung“ setzt begrifflich voraus, dass bereits eine erste Lieferung erfolgt ist. Der Zweck des Art. 46 Abs. 2 CISG liegt darin, dem Verkäufer bei weniger schwer wiegenden Mängeln die Transportkosten zu ersparen, die bei grenzüberschreitenden Lieferungen einen beachtlichen Umfang einnehmen können (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 46 Rdnr. 4). Daher ist Art. 46 Abs. 1 CISG so lange anwendbar, wie es noch nicht zu einem Abtransport der Ware zum Zwecke der Erfüllung gekommen ist. Folglich ist Art. 46 Abs. 1 CISG und nicht Abs. 2 einschlägig, wenn der Käufer die Ware bereits vor der Lieferung wegen ihrer Mangelhaftigkeit ablehnt oder wenn der Verkäufer im Falle einer „Holschuld“ seine „Lieferpflicht“ im Sinne des Art. 31 Buchst. b CISG erfüllt, in dem er dem Käufer die Ware am Erfüllungsort

zur Verfügung stellt und dieser sie ablehnt (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 46 Rdnr. 19).

*ii. Keine Ausübung eines mit dem Erfüllungsanspruch unvereinbaren Rechtsbehelfs*

Da Art. 46 Abs. 2 CISG lex specialis zum Grundtatbestand des Art. 46 Abs. 1 CISG ist, setzt der Anspruch auf Nachlieferung voraus, dass neben den Voraussetzungen des Art. 46 Abs. 2 CISG auch die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllt sind. Dies bedeutet insbesondere, dass auch der Nachlieferungsanspruch als modifizierter Erfüllungsanspruch voraussetzt, dass der Käufer nicht bereits einen mit dem Erfüllungsanspruch unvereinbaren Rechtsbehelf ausgeübt hat (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 46 Rdnr. 17).

*c. Der Anspruch des Käufers auf Nachbesserung*

Der Anspruch auf Nachbesserung gemäß Art. 46 Abs. 3 CISG findet seine Entsprechung im Anspruch auf Nacherfüllung in Form der Mängelbeseitigung gemäß §§ 437 Nr. 2, 439 BGB. Beim Anspruch auf Nachbesserung gemäß § 46 Abs. 3 CISG sind folgende Merkmale zu prüfen:

- Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages
- Lieferung vertragswidriger Ware
- Nachbesserung technisch möglich
- Mängelrüge nach Art. 39 CISG
- Zumutbarkeit der Nachbesserung für den Verkäufer
- Geltendmachung der Nachbesserung innerhalb einer angemessenen Frist

Diese Tatbestandsmerkmale sind uns bereits weitgehend aus der Erörterung des Anspruchs auf Ersatzlieferung nach Art. 46 Abs. 2 CISG bekannt. Es ergeben sich nur wenige Besonderheiten, die hier kurz angesprochen werden sollen:

Vertragswidrigkeit der Ware: Der Begriff erfasst in der Sprache des BGB sowohl die aliud-Lieferung als auch die Lieferung mangelhafter Ware. Dennoch ist Art. 46 Abs. 3 CISG bei einer aliud-Lieferung nicht einschlägig, da bei ihr eine Nachbesserung gar nicht möglich ist (Herber/Czerwenka, Internationales Kaufrecht, Art. 46 Rdnr. 10). Auch greift Art. 46 Abs. 3 nicht ein, wenn der Mangel technisch nicht behebbar ist. Die Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung ist eine rechtshindernde Einwendung, für die nach allgemeinen Regeln der

Beweislastverteilung der Verkäufer die Beweislast trägt (Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 Rdnr. 16). Auch beim Nacherfüllungsanspruch nach §§ 437 Nr. 2, 439 BGB in Form der Mängelbeseitigung führen aliud-Lieferung und Unbehebbarkeit des Mangels zum Ausschluss des Nachbesserungsanspruchs gemäß § 275 Abs. 1 BGB.

Zumutbarkeit der Nachbesserung für den Verkäufer: Nach dem Wortlaut des Art. 46 Abs. 3 CISG muss man die Entscheidung über die Zumutbarkeit „unter Berücksichtigung aller Umstände“ treffen. Dies erfordert eine umfassende Interessenabwägung. Dabei ist naturgemäß im Detail vieles umstritten. Anerkannt ist jedenfalls, dass die Nachbesserung unzumutbar ist, wenn die durch sie bewirkten Vorteile in keinem Verhältnis zum Reparaturaufwand stehen (z.B. Beseitigung eines Schönheitsfehlers) oder wenn die Nachbesserung dem Käufer leichter fällt als dem räumlich weit entfernten Verkäufer (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 46 Rdnr. 40 ff.; Staudinger/Magnus, Art. 46 Rdnr. 61). Auch die Unzumutbarkeit der Nachbesserung stellt eine Einwendung dar, die der Verkäufer beweisen muss.

Das Nachbesserungsrecht gemäß Art. 46 Abs. 3 CISG kommt dem Nacherfüllungsanspruch des BGB in Form der Mängelbeseitigung erheblich näher als der Anspruch auf Ersatzlieferung gemäß Art. 46 Abs. 2 CISG dem Anspruch auf Nacherfüllung gemäß §§ 437 Nr. 2, 439 BGB in Form der Ersatzlieferung. Insbesondere setzt der Anspruch auf Nachbesserung anders als der Anspruch auf Ersatzlieferung gemäß Art. 46 Abs. 2 CISG nicht voraus, dass die Vertragswidrigkeit der gelieferten Ware als „wesentliche Vertragsverletzung“ zu werten ist. Dennoch ist der Anspruch gegenüber dem Nachbesserungsrecht des BGB insoweit für den Käufer nachteiliger ausgestaltet, als er eine Rüge gemäß Art. 39 CISG und die Geltendmachung innerhalb einer angemessenen Frist erfordert. Ferner hat das BGB-Kaufrecht aus der Sicht des Käufers gegenüber dem CISG den Vorteil, dass der Käufer - vorbehaltlich des tatbestandlichen Vorliegens und der Einredeerhebung gemäß § 439 Abs. 3 BGB - ein Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung hat. Schließlich ist auch hier beim CISG eine zur Unterscheidung des Art. 46 Abs. 1 von Art. 46 Abs. 3 eine - nicht immer einfache - Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsmangel erforderlich, die im autonomen BGB-Kaufrecht auf Grund der eleganten Lösung der §§ 434, 435 BGB entbehrlich ist.

#### *d. Das Vertragsaufhebungsrecht*

Die beiden Tatbestände des Art. 49 Abs. 1 CISG räumen dem Käufer das Recht ein, die Aufhebung des Vertrages zu erklären, wenn der Verkäufer



- eine wesentliche Vertragsverletzung begangen hat (Art. 49 Abs. 1 a CISG) oder
- bei Nichtlieferung nicht innerhalb der vom Käufer nach Art. 47 Abs. 1 CISG gesetzten Nachfrist liefert oder erklärt, dass er nicht innerhalb dieser Frist liefern wird (Art. 49 Abs. 1 b CISG).

Wir wollen uns zuerst die beiden Tatbestände im Detail ansehen (i) und uns danach mit dem durch die Vertragsaufhebung ausgelösten Rückabwicklungsschuldverhältnis befassen (ii).

*i. Die Voraussetzungen des Vertragsaufhebungsrechts im Einzelnen*

Beide Tatbestände des Art. 49 Abs. 1 CISG setzen voraus, dass der Käufer die Aufhebung des Vertrages erklärt. Damit ist Art. 49 Abs. 1 CISG ein Gestaltungsrecht. Nun zu den beiden Tatbeständen des Art. 49 Abs. 1 CISG im Einzelnen:

*(1) Vertragsaufhebung wegen wesentlicher Vertragsverletzung*

Als wesentliche Vertragsverletzung (Art. 49 Abs. 1 a CISG) kommen gegliedert nach der Terminologie des BGB („Pflichtverletzungstatbestände“) in Betracht:

**Leistungsverzögerung/Schuldnerverzug:** Grundsätzlich führt die Nichtleistung des Schuldners trotz Fälligkeit und Durchsetzbarkeit des Anspruchs nicht zu einer wesentlichen Vertragsverletzung. Ansonsten wäre Art. 49 Abs. 1 b CISG schlicht überflüssig. Dies bedeutet im praktischen Ergebnis, dass sich der Gläubiger im Falle der Leistungsverzögerung erst nach fruchtlosem Ablauf einer zuvor gesetzten angemessenen Nachfrist (Art. 47 CISG) vom Vertrag lösen kann und ist identisch mit der Regelung im BGB-Kaufrecht, die das Rücktrittsrecht wegen pflichtwidriger Leistungsverzögerung (§ 323 Abs. 1 BGB) ebenfalls an dieses Erfordernis knüpft. Allerdings kann sich etwas Anderes dann ergeben, wenn der Schuldner an einer rechtzeitigen Leistung ein besonderes Interesse hat. Insbesondere bei Fixgeschäften, aber auch bei anderen Verträgen, bei denen der Leistungszeit erkennbar zentrale Bedeutung zukommt, führt die Nichtlieferung zum vereinbarten Termin zu einer wesentlichen Vertragsverletzung (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 49 Rdnr. 5; Staudinger/Magnus, Art. 49 Rdnrn. 10 bis 12) und damit zu einem Rücktrittsrecht ohne Fristsetzungserfordernis. Auch dies stimmt im Ergebnis mit der Regelung des gesetzlichen Rücktrittsrechts im BGB überein. Die Regelung im BGB ist indes für den Rechtsanwender einfacher zu handhaben, weil sie das Entfallen des Fristsetzungserfordernisses in § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB für den Fall des relativen

Fixgeschäftes ausdrücklich anordnet. Gleiches gilt für das absolute Fixgeschäft, bei dem der Ablauf des Erfüllungszeitraums bereits zur Unmöglichkeit der Leistungserbringung führt und ein Rücktrittsrecht aus § 326 Abs. 5 BGB begründet. Hier ergibt sich das Entfallen des Fristsetzungserfordernisses ebenfalls ohne Weiteres aus dem Wortlaut des § 326 Abs. 5 BGB. Auch die endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung seitens des Schuldners stellt eine wesentliche Vertragsverletzung dar, die gemäß Art. 49 Abs. 1 a CISG zum sofortigen Rücktritt berechtigt. Allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, dass dies nur für den Fall der endgültigen und ernsthaften Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit gilt. Denn vor Fälligkeit führt die Erfüllungsverweigerung noch nicht zur „Nichterfüllung“ der einschlägigen Leistungspflicht, die der Tatbestand des Art. 49 Abs. 1 a CISG jedoch voraussetzt. Für den Fall der endgültigen und ernsthaften Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit gewährt indes Art. 72 Abs. 1, 3 CISG ein Recht zur sofortigen Erklärung der Vertragsaufhebung, weil bei der endgültigen Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit „bereits vor dem für die Vertragserfüllung festgesetzten Zeitpunkt offensichtlich ist, dass eine Partei eine wesentliche Vertragsverletzung begehen wird“ (zur Abgrenzung von Erfüllungsverweigerung vor und nach Fälligkeit: vgl. Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 49 Rdnr. 6). Auch hier ist die Regelung im autonomen deutschen Leistungsstörungenrecht identisch: Die endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit begründet ein sofortiges Rücktrittsrecht aus § 323 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB. Demgegenüber muss für den Fall der endgültigen und ernsthaften Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit auf eine andere Rechtsgrundlage, nämlich § 323 Abs. 4 BGB zurückgegriffen werden, der ebenso wie Art. 72 CISG für diesen Fall ein sofortiges Rücktrittsrecht gewährt, weil „bereits vor Eintritt der Fälligkeit der Leistung offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden“. Der Vorzug der inhaltlich identischen Regelung im BGB ist der, dass sich das sofortige Rücktrittsrecht auch für den Fall der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit unmittelbar aus der gleichen Vorschrift ergibt, während im CISG die sofortigen Rücktrittsrechte für beide Fälle auf zwei weit auseinander liegende Vorschriften verteilt sind (Art. 49 Abs. 1 a, 72 Abs. 1, 3 CISG).

**Unmöglichkeit der Leistungserbringung:** Die objektive Unmöglichkeit der Leistungserbringung stellt nach allgemeiner Ansicht eine wesentliche Vertragsverletzung dar. Sie führt demnach im Anwendungsbereich des CISG ebenso wie nach neuem BGB-Schuldrecht nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages, sondern begründet so wie dort ein Rücktrittsrecht (vgl. § 326 Abs. 5 BGB). Gleiches gilt für Unvermögen, wenn man dieses - entsprechend der h.M. im deutschen Zivilrecht - so versteht, dass, wiewohl vielleicht ein anderer leisten könnte, jedenfalls der Schuldner nicht einmal die theoretische Möglichkeit zur

Leistung durch Beschaffung des Kaufgegenstandes hat. Auch für das Unvermögen ist die Regelung in CISG und BGB bezogen auf das Rücktrittsrecht identisch. Ist das Vorliegen des Unvermögens jedoch unklar, empfiehlt es sich sicherheitshalber eine Nachfrist zu setzen und deren fruchtlosen Ablauf abzuwarten, so dass jedenfalls ein Rücktrittsrecht aus Art. 49 Abs. 1 b CISG besteht (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 49 Rdnr. 7). Gleiches gilt für das BGB-Kaufrecht, bei dessen Eingreifen man ebenfalls bei Unsicherheit über die Beschaffungsmöglichkeit des Schuldners sicherheitshalber eine Nachfrist setzen sollte, um jedenfalls nach § 323 Abs. 1 BGB zurücktreten zu können. Einzig entbehrlich ist dies wiederum dann, wenn der Schuldner unter Berufung auf sein angebliches Unvermögen die Leistung dauerhaft und ernsthaft verweigert, weil dann schon aus den im Rahmen der Leistungsverzögerung dargelegten Gründen aus Art. 49 Abs. 1 a CISG bzw. § 323 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB ein sofortiges Rücktrittsrecht folgt (Müller-Chen, a.a.O., Art. 49 Rdnr. 6).

**Falschlieferung:** Eine Falschlieferung stellt nur beim Stückkauf regelmäßig eine wesentliche Vertragsverletzung dar. Beim Gattungskauf ist dies dagegen nur der Fall, wenn es dem Käufer nicht zugemutet werden kann, die Lieferung selbst zu verwerten und Minderung oder Schadensersatz geltend zu machen. Krasse aliud-Lieferungen stellen auf jeden Fall eine wesentliche Vertragsverletzung dar. Demgegenüber stellt die aliud-Lieferung im Rahmen des BGB-Kaufvertragsrechts sowohl beim Gattungs- wie beim Stückkauf eine Pflichtverletzung dar, die den Käufer - regelmäßig nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist - gemäß §§ 434 Abs. 3, 437 Nr. 2, 440, 323 Abs. 1 BGB zum Rücktritt berechtigt. Dem Vorteil des BGB gegenüber dem CISG, dass man für den Gattungs- und für den Stückkauf eine einheitliche, von Wertungsschwierigkeiten befreite Lösung geschaffen hat, steht der Nachteil gegenüber, dass beim BGB-Kauf auch die Lieferung eines Identitätsaliuds regelmäßig nicht zum sofortigen Rücktritt berechtigt.

**Rechtsmangel:** Nach herrschender Meinung stellt nicht jeder Rechtsmangel eine wesentliche Vertragsverletzung dar. Allerdings ist dies dann der Fall, wenn der Käufer den Gegenstand auf Grund des Rechtsmangels sofort herausgeben muss oder wenn sich der Mangel nicht beheben lässt und den Käufer an der Verwendung der Ware hindert (Schwenzer, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 41 Rdnr. 21). Dann kann der Käufer, wenn er vorher den Mangel ordnungsgemäß gerügt hat (Art. 43 Abs. 1 CISG), die Vertragsaufhebung erklären. Nach dem BGB-Kaufrecht berechtigt ein Rechtsmangel (§ 435 BGB) zu einem Rücktritt des Käufers gemäß §§ 437 Nr. 2 i.V.m. 440, 323 Abs. 1 bzw. i.V.m. 326 Abs. 5 BGB. Das heißt auch im BGB-Kaufrecht kann der Käufer bei Unhebbarkeit des Rechtsmangels (= Unmöglichkeit der Nacherfüllung gemäß § 439 BGB durch Lieferung eines rechtmangelfreien Gegenstandes oder durch

Beseitigung des Rechtsmangels) sofort zurücktreten und hat dabei gegenüber dem CISG den Vorteil, dass er dies ohne vorherige Rüge des Mangels tun kann.

**Sachmangel:** Wie wir bereits gesehen haben, stellt ein Sachmangel nur dann eine schwerwiegende Vertragsverletzung dar, wenn es dem Käufer nicht zugemutet werden kann, die mangelhafte Ware zu behalten und ggf. Schadensersatz oder Minderung geltend zu machen. Des Weiteren muss es unmöglich oder dem Käufer unzumutbar sein, den Mangel nach Art. 46 Abs. 3 CISG zu beseitigen. Vertragsaufhebung soll nach dem Gewährleistungsrecht des CISG die „ultima ratio“ sein (Kappus, NJW 1994, 984). Nimmt man noch dazu, dass der Käufer den Mangel ordnungsgemäß gerügt haben muss (Art. 39 CISG), so wird deutlich, dass der Käufer nach dem BGB-Gewährleistungsrecht erheblich einfacher wegen eines Sachmangels vom Vertrag loskommen kann als bei Geltung des CISG. Es genügt bereits ein Sachmangel im Sinne des § 434 BGB, der entweder nicht durch Nacherfüllung nicht beseitigt werden kann (dann: Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB) oder zu dessen Beseitigung der Käufer eine fruchtlos verstrichene Nachfrist gesetzt hat (dann: Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2, 440, 323 Abs. 1 BGB). Ein besonderes Gewicht des Sachmangels ist für den Rücktritt im Gegensatz zum CISG nicht erforderlich. Vielmehr kann der Verkäufer lediglich den Rücktritt abwenden, wenn er darlegt und im Bestreitensfalle beweist, dass die in der Lieferung des Sachmangels liegende Pflichtverletzung „unerheblich“ ist (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Der Rücktritt wegen Sachmangels ist also gegenüber der Regelung des CISG nicht „ultima ratio“, sondern lediglich gegenüber dem generell vorrangigen Anspruch auf Nacherfüllung „sekundärer Rechtsbehelf“, der gleichberechtigt neben dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (aus § 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1 und 3 i.V.m. 281 bzw. 282 bzw. 283 BGB) steht und ebenso wie dieser im Gegensatz zur Minderung bei bagatellartigen Pflichtverletzungen ausscheidet (vgl. §§ 281 Abs. 1 S. 3, 323 Abs. 5 S. 2 BGB und § 441 Abs. 1 S. 2 BGB).

**Verletzung sonstiger Vertragspflichten:** Auch die Verletzung sonstiger Vertragspflichten, insbesondere die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten, kann eine wesentliche Vertragsverletzung darstellen. Ob die Verletzung der Nebenpflicht eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt, hängt vor allem vom objektiven Gewicht der Vertragsverletzung und von der Bedeutung der Nebenpflicht ab (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 49 Rdnr. 12; Staudinger/Magnus, Art. 49 Rdnr. 18 f.). Allerdings erfasst der Begriff der „Vertragsverletzung“ lediglich die Verletzung vertraglicher Pflichten und nicht auch die Verletzung von Sorgfaltspflichten aus einem vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis, das nach dem Verständnis des internen deutschen Zivilrechts bei der Vertragsanbahnung entstehen kann. Das CISG regelt keine Haftung für

culpa in contrahendo, da diese in den einzelnen Rechtsordnungen so verschiedenartig ausgestaltet ist, dass man auf keinen gemeinsamen Nenner kommen konnte (Stoll/Gruber, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht Art. 74 Rdnr. 11).

Auch im internen deutschen Zivilrecht kann die Verletzung von Nebenpflichten durch den Schuldner den Gläubiger zum Rücktritt berechtigen. Dabei wird allerdings zwischen Pflichtverletzungen im Stadium der Vertragsanbahnung (§ 311 Abs. 2, 241 Abs. BGB) und Pflichtverletzungen nach Vertragsschluss unterschieden. Die Kontaktaufnahme im vorvertraglichen Stadium kann gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB ein Schuldverhältnis begründen. Eine Pflichtverletzung im Rahmen dieses Schuldverhältnisses kann allerdings kein Rücktrittsrecht aus § 323 Abs. 1 BGB begründen, da § 323 Abs. 1 BGB auf „gegenseitige Verträge“ beschränkt ist und das Schuldverhältnis aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB kein solcher gegenseitiger Vertrag ist. Eine Pflichtverletzung im Rahmen der Vertragsverhandlungen (z.B. Verletzung einer Auskunfts-, Beratungs- oder Aufklärungspflicht) kann demgegenüber jedoch einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB begründen. Der Schaden des Gläubigers wird bei diesen Fällen oft im Vertragsschluss liegen. Der Gläubiger hat dann einen auf Vertragsaufhebung gerichteten Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (Grüneberg, in: Palandt, § 311 Rdnr. 55). Verletzungen von Nebenpflichten nach Vertragsschluss können indes ein Rücktrittsrecht aus § 323 Abs. 1 BGB begründen. Dies deshalb, weil § 323 Abs. 1 BGB zwar einen „gegenseitigen Vertrag“ voraussetzt, nicht aber die Verletzung einer synallagmatischen Hauptleistungspflicht aus einem solchen Vertrag (BT-Drucks. 14/6040, S. 183). Dabei ist nach h.M. zwischen leistungsbezogenen Nebenpflichten (wie z.B. der Leistungstreuepflicht, der Pflicht zur ordnungsgemäßen Verpackung der Ware etc.) und nicht leistungsbezogenen, auf Wahrung des Integritätsinteresses ausgerichteten Nebenpflichten zu unterscheiden. Erstere fallen unter § 323 Abs. 1 BGB, Letztere unter § 324 BGB (Schulze, in: Handkommentar zum BGB, § 323 Rdnr. 4 f. und § 324 Rdnr. 1). Dies wiederum hat zur praktischen Konsequenz, dass der Rücktritt bei der Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichtverletzungen gegenüber dem Rücktritt wegen Verletzung von Leistungsnebenpflichten an die erschwerende Voraussetzung geknüpft ist, dass dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann. Im praktischen Ergebnis dürfte das beim Rücktrittsrecht aus Art. 49 Abs. 1 a CISG nicht anders sein, weil es für das Gewicht der Vertragsverletzung regelmäßig einen Unterschied macht, ob eine leistungs- oder nicht leistungsbezogene Nebenpflicht verletzt wird. Der Vorteil des BGB gegenüber dem CISG liegt darin, dass dem Rechtsanwender durch die in § 323 Abs. 1 und § 324

BGB vorweggenommen Unterscheidung diese Auslegungsprobleme erspart bleiben.

*(2) Vertragsaufhebung wegen Nichtlieferung*

Art. 49 Abs. 1 b CISG hat lediglich zwei Voraussetzungen: „Nichtlieferung“ und das Verstreichenlassen der dem Verkäufer vom Käufer gesetzten Nachfrist bzw. die Erklärung des Verkäufers, nicht innerhalb dieser Frist zu liefern.

Nichtlieferung ist nur gegeben, wenn der Käufer bei Fälligkeit seiner in Art. 31 CISG umschriebenen Lieferpflicht nicht nachkommt. „Nichtlieferung“ darf nicht mit „Nichterfüllung“ gleich gesetzt werden. Dies folgt daraus, dass die Terminologie des CISG eindeutig zwischen Nichtlieferung und Vertragswidrigkeit der gelieferten Ware unterscheidet. Weder die Lieferung mangelhafter Ware noch die Falschlieferung sind damit unter das Merkmal „Nichtlieferung“ zu subsumieren. Bei Falschlieferung etwa muss der Käufer nach Art. 49 Abs. 1 a CISG vorgehen und kann nur vom Vertrag loskommen, wenn ihm die Verwertung der Ware unzumutbar ist (Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 49 Rdnr. 15).

Die Nachfrist muss zunächst eine bestimmte Aufforderung an den Schuldner zur Leistung enthalten und stimmt insoweit mit der Mahnung im BGB-Schuldrecht überein. Des Weiteren muss diese Mahnung mit der Angabe eines nach dem Kalender bestimmten oder bestimmbaren Termins verbunden sein, an dem der Schuldner leisten soll. Fehlt ein solcher Termin, so ist die Mahnung ohne Fristbestimmung rechtlich bedeutungslos. Wie bei § 284 BGB ist auch im Rahmen des Art. 49 Abs. 1 b CISG eine vor Fälligkeit erfolgte Mahnung unwirksam (Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 47 Rdnr. 11; Art. 49 Rdnr. 20). Eine zusätzliche Ablehnungsandrohung, so wie sie nach § 326 Abs. 1 BGB a.F. erforderlich war und nach neuem Recht nicht mehr erforderlich ist, verlangt Art. 49 Abs. 1 b CISG nicht.

Ist die dem Schuldner gesetzte Nachfrist abgelaufen, so ist der Vertrag damit nicht etwa automatisch aufgehoben. Vielmehr hat der Gläubiger nun gemäß Art. 49 Abs. 1 b CISG das Recht, die Aufhebung des Vertrages zu erklären, also den Vertrag durch Ausübung eines Gestaltungsrechts zu liquidieren. Die Rechtslage ist vergleichbar dem neuen deutschen Recht, nach dem auch der Rücktritt erklärt werden muss.

*ii. Das Rückabwicklungsschuldverhältnis*

Wenn die Voraussetzungen eines der beiden Tatbestände des Art. 49 Abs. 1 CISG vorliegen und das Recht auf Vertragsaufhebung nicht gemäß Art. 82 Abs. 1 CISG untergegangen ist, führt die Aufhebungserklärung zur Umgestaltung des Kaufvertrages in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis. Das heißt: Die Parteien werden von ihren Primärleistungspflichten befreit (Art. 81 Abs. 1 CISG) und sind zur Rückgabe des Geleisteten verpflichtet (Art. 81 Abs. 2 CISG).

Das Rückabwicklungsschuldverhältnis geht aber über die Umkehrung der Hauptleistungspflichten hinaus.

Gemäß Art. 84 Abs. 1 CISG hat der Verkäufer, der den Kaufpreis zurückzahlen muss, vom „Tag der Zahlung“ an auf den Betrag des Kaufpreises Zinsen zu zahlen. Diese Formulierung birgt jedoch einige Unklarheiten. Manche gehen davon aus, dass der „Tag des Empfangs“ mit dem „Tag der Zahlung“ identisch sei. Sie begründen das damit, dass Art. 84 Abs. 1 CISG einen Ausgleich für den abstrakten Vorteil gewähren will, den der Verkäufer dadurch hat, dass er über das Geld Gewinn bringend verfügen kann. Dies kann er aber erst mit dem Empfang des Geldes (Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 84 Rdnr. 14). Demgegenüber verweisen andere auf den Wortlaut des Art. 84 Abs. 1 CISG, der gerade ausdrücklich von „Zahlung“ spricht, womit nur die Vornahme der Leistungshandlung und nicht auch der Eintritt des Leistungserfolges gemeint sei (Staudinger/Magnus, Art. 84 Rdnr. 8).

Im Vergleich dazu gewährt das deutsche Rücktrittsrecht keinen generellen Zinsanspruch bezüglich des zurück zu gewährenden Kaufpreises. Vielmehr ist der tatsächlich erwirtschaftete Zins vom Verkäufer als gezogene Nutzung (§ 100 BGB) gemäß § 346 Abs. 1 BGB zurückzugewähren; hat der Verkäufer mit dem Kaufpreis keinen Zins erwirtschaftet, so schuldet er insoweit gemäß § 347 Abs. 1 BGB Wertersatz für denjenigen Zins, den er entgegen den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft nicht erwirtschaftet hat. Diese Bestimmung soll gegenüber einer starren Verzinsungsregelung den Vorteil haben, dass sie dem Umstand Rechnung trägt, dass der Schuldner bei kleineren Beträgen und kürzerer Nutzungsdauer nicht in der Lage ist, für das empfangene Geld eine Verzinsung in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes zu erzielen (vgl. Schulze, in: Handkommentar zum BGB, § 347 BGB Rdnr. 1). Dieser Aspekt spielt indes bei dem in aller Regel nur zwischen Kaufleuten zur Anwendung kommenden CISG keine Rolle.

Gemäß Art. 84 Abs. 2 CISG schuldet der Käufer dem Verkäufer den Gegenwert aller Vorteile, die er aus der Ware oder einem Teil der Ware gezogen hat. Der

Begriff der Vorteile umfasst alles, was im internen deutschen Zivilrecht mit dem Begriff der „Nutzungen“ umschrieben wird (vgl. § 100 BGB). Damit muss der Käufer dem Verkäufer insbesondere Wertersatz für die Gebrauchsvorteile leisten. Dieser soll der Höhe nach an den Marktpreisen, also am marktüblichen Mietzins, den üblichen Lizenzgebühren etc. ausgerichtet werden (Hornung/Fountoulakis in: Schlechtriem, Art. 84 Rdnr. 26; Staudinger/Magnus, Art. 84 Rdnr. 17). Im internen deutschen Zivilrecht wird der Wertersatzanspruch für Gebrauchsvorteile vom BGH dagegen anders berechnet: Der Mietzins enthalte einen unternehmerischen Gewinn, der dem Verkäufer, der vertragswidrige Ware geliefert habe, nicht zustehe. Daher sei der Wertersatzanspruch durch Umlegung des Kaufpreises auf die zu erwartende Nutzungsdauer des Kaufgegenstandes bis zu dessen Gebrauchsuntauglichkeit zu berechnen (BGHZ 115, 47, 54; dies ist auch im neuen Recht so geblieben: Grüneberg, in: Palandt, § 346 Rdnr. 10). Rechtsgrundlage für diesen Anspruch im BGB ist § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Hat der Käufer den Kaufgegenstand weiterveräußert oder ist dieser zerstört worden, so kann der Käufer unter den Voraussetzungen des Art. 82 Abs. 2 CISG dennoch die Aufhebung des Vertrages erklären. In diesem Fall ist Art. 84 Abs. 2 b CISG Rechtsgrundlage für den Anspruch des Verkäufers auf Vorteilsausgleichung. Danach kann der Verkäufer zunächst einmal wie nach Art. 84 Abs. 2 a CISG Wertersatz für die gezogenen Nutzungen verlangen. Des Weiteren tritt ein Wertersatzanspruch an die Stelle des Kaufgegenstandes als dessen Surrogat. Er kann sich aus der Verwertung oder dem Verbrauch der Sache ergeben (*commodum ex re*) oder aber aus ihrer Weiterveräußerung (*commodum ex negotiatione*). Im ersteren Falle ergibt sich die Höhe des Anspruchs aus dem objektiven Wert der Sache, im zweiten Falle aus dem Nettoverkaufserlös (Hornung/Fountoulakis, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 84 Rdnrn. 35 ff.).

Im internen deutschen Zivilrecht ist in diesen Fällen die Rechtslage komplizierter. Ist die Kaufsache beim Käufer untergegangen oder beschädigt worden, so ist der Anspruch des Verkäufers auf Wertersatz (§ 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB) beim gesetzlichen Rücktrittsrechts wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache gemäß § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB ausgeschlossen, wenn der Käufer diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 277 BGB). Ob die Haftungsmilderung des § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB auch im Rahmen eines etwaigen Schadensersatzanspruches des Verkäufers aus § 346 Abs. 3 BGB anzuwenden ist, ist umstritten (bejahend Grüneberg, in: Palandt, § 346 Rdnr. 18 m.w.N.). Jedenfalls könnte der Käufer bereits für den Untergang/die Verschlechterung der Kaufsache vor Erklärung des Rücktritts, also seit Empfang der Leistung, haften, weil die Pflicht zur sorgfältigen Behandlung der Kaufsache bereits im Vertragsverhältnis



angelegt ist (vgl. Grüneberg, in: Palandt, § 346 Rdnrn. 15, 16). Dies wird indes für das gesetzliche Rücktrittsrecht nach allgemeiner Ansicht erst für den Zeitpunkt bejaht, in dem die Partei weiß oder wissen muss, dass die Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen, also etwa, dass die Sache mangelhaft ist (Schulze, in: Handkommentar zum BGB, § 346 Rdnr. 18). Ist die Kaufsache dagegen vom Käufer verbraucht oder veräußert worden, so haftet er auf Wertersatz gemäß § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Ob die Haftungsmilderung des § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB auf den Fall des § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB analog anzuwenden ist, ist noch ungeklärt und umstritten. Eine systematische und wortlautorientierte Auslegung ergibt („Auflistungstechnik des § 346 Abs. 2, 3 (Kaiser) jedenfalls, dass § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB im Falle des Verbrauchs und der Veräußerung nicht direkt eingreift. Bei Verbrauch und Veräußerung kommt wiederum ebenfalls ein Schadensersatzanspruch aus §§ 346 Abs. 4 i.V.m. §§ 280 ff. BGB in Betracht, der aus den oben genannten Gründen erst eingreift, wenn der Käufer im Zeitpunkt der Veräußerung/des Verbrauchs weiß oder wissen musste, dass die Sache mangelhaft ist.

Außer Wertersatz- und Schadensersatzansprüchen kann dem Verkäufer im Falle der Veräußerung oder der Zerstörung der Sache auch gemäß § 285 BGB ein Anspruch auf Herausgabe des Surrogates des Kaufgegenstandes zustehen, dessen Rückgewähr dem Käufer unmöglich geworden ist, was für den Verkäufer insbesondere dann interessant ist, wenn das Surrogat wertvoller als der zurück zugewährende Gegenstand ist (vgl. Grüneberg, in: Palandt, § 346 Rdnr. 20). Im Falle der Weiterveräußerung etwa wäre das Surrogat der vom Käufer bei der Weiterveräußerung erzielte Kaufpreis, da § 281 BGB auch auf das *commodum ex negatione* anwendbar ist (BGH NJW 1983, 929, 930). Dabei wird es wie im alten Recht auch gleichgültig sein, ob die Unmöglichkeit der Herausgabe bereits vor oder nach der Erklärung des Rücktritts eingetreten ist, obwohl der Rückgabeanspruch erst durch die Rücktrittserklärung entsteht (so zum alten Recht ausdrücklich MüKo/Emmerich, 4. Aufl. 2001, § 281 Rdnr. 5, während der BGH in NJW 1983, 929, 930 dies nur für das vertragliche Rücktrittsrecht entschieden hat).

Diese insgesamt als unübersichtlich zu bewertende Regelung im BGB macht deutlich, dass das CISG im Hinblick auf den Nutzungersatz bei Vertragsaufhebung der Regelung des BGB weit überlegen ist.

Eine Regelung des Verwendungsersatzes fehlt im CISG. Allerdings ist man sich weitgehend einig, dass man aus dem in Art. 84 CISG zum Ausdruck kommenden Gedanken des Vorteilsausgleichs entnehmen kann, dass der Käufer zwar die Gebrauchsvorteile herausgeben muss, andererseits der Verkäufer auch nicht durch ihm nun zufließende Verbesserungen des Kaufgegenstandes bereichert werden soll.

Daher wird angenommen, dass die werterhaltenden oder wertsteigernden Verwendungen vom Nutzungsherausgabeanspruch abzuziehen sind, so dass der Verkäufer insoweit nur einen Anspruch auf Ersatz der Nettovorteile hat (Hornung/Fountoulakis, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 84 Rdnr. 27).

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, was zu gelten hat, wenn der Käufer zwar Aufwendungen auf die Sache vorgenommen hat, der Verkäufer aber keinen Anspruch auf Nutzungsersatz gegen ihn hat, von dem die Kosten für die Verwendungen abgezogen werden könnten. Hier wird vorgeschlagen, den Erhaltungsaufwand analog Artt. 85 ff. CISG zu ersetzen und den Verbesserungsaufwand über den ohnehin gegebenen Schadensersatzanspruch aus Art. 45 Abs. 1 b CISG zu ersetzen (Herber/Czerwenka, Art. 84 Rdnr. 8). Weitgehend ungeklärt ist noch, ob und inwieweit bei Anwendung des CISG die Kriterien, die z.B. das deutsche interne Zivilrecht zum Schutz des Verkäufers vor aufgedrängter Bereicherung kennt, (vgl. §§ 347 S. 2 bzw. 347 S. 3, 812 ff. BGB: nur „notwendige Verwendungen“ bzw. die Schutzmechanismen des Bereicherungsrechts zum Schutz vor aufgedrängter Bereicherung), in die Ermittlung des erstattungsfähigen Verwendungsersatzes einfließen können (Hornung/Fountoulakis, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 84 Rdnr. 28). Dies alles zeigt, dass die Lückenhaftigkeit des CISG im Hinblick auf den Verwendungsersatz unbefriedigend ist, so dass die Regelung des BGB der Regelung des CISG insoweit überlegen ist.

Nach Art. 82 Abs. 1 CISG geht - wie wir wissen - das Recht, die Aufhebung des Vertrages zu erklären, grundsätzlich unter, wenn es dem Käufer unmöglich ist, die Ware im Wesentlichen in dem Zustand zurückzugeben, in dem er sie erhalten hat. Des Weiteren schuldet der Käufer dem Verkäufer gemäß Art. 84 Abs. 2 b CISG den Gegenwert für alle Vorteile, die er aus dem Verbrauch oder Veräußerung des Kaufgegenstandes gezogen hat. Was aber geschieht, wenn der Kaufgegenstand nach der Erklärung der Aufhebung zerstört oder beschädigt wird und der Käufer daraus keinen vermögenswerten Vorteil im Sinne des Art. 84 Abs. 2 b CISG zieht? Nach dem Wortlaut der genannten Bestimmungen müsste der Verkäufer dann leer ausgehen. Ein nachträglicher Wegfall der bereits erklärten Vertragsaufhebung kommt wegen der Gestaltungswirkung der Aufhebungserklärung nicht in Betracht. Daher wird vorgeschlagen, dem Verkäufer für diesen Fall einen Schadensersatzanspruch gemäß Art. 74 zuzugestehen (Hornung/Fountoulakis, Art. 82 Rdnr. 27).

*e. Das Minderungsrecht*

Beim Minderungsrecht nach Art. 50 CISG sind folgende Punkte zu prüfen:

- Abschluss eines Kaufvertrages
- Minderungserklärung (umstritten)
- Vertragswidrigkeit der Ware
- Rüge der Vertragswidrigkeit nach Art. 39 CISG
- kein der Minderung entgegenstehendes Recht des Verkäufers zur Mangelbeseitigung gemäß Art. 37 oder Art. 48 CISG (Art. 50 S. 2 CISG)

Das Minderungsrecht greift im Vergleich zum Aufhebungsrecht und dem Anspruch auf Ersatzlieferung bereits verhältnismäßig schnell ein. Es erfordert keine wesentliche Vertragsverletzung, sondern lediglich, dass die Ware vertragswidrig ist. Dies ist, wie wir wissen, sowohl bei der Lieferung einer mangelhaften Sache als auch bei der Falschlieferung der Fall. Das entspricht insoweit der Rechtslage bei der Minderung im BGB, die ebenfalls sowohl bei Vorliegen eines Sachmangels als auch bei Vorliegen eines dem Mangel gleichgestellten aliud (§ 434 Abs. 3 BGB) eingreift. Dennoch steht auch das Minderungsrecht unter dem Vorbehalt des Vorranges des Rechts des Verkäufers zur Mangelbeseitigung, wie man Art. 50 S. 2 CISG entnehmen kann. Dies hat folgende Konsequenz: Erklärt der Käufer sofort mit Erhebung der Mängelrüge die Minderung, so ist die Minderungserklärung unwirksam und bleibt es auch, wenn der Verkäufer nachträglich innerhalb der Fristen der Art. 37, 48 Abs. 1 CISG Mängelbeseitigung anbietet oder gemäß Art. 48 Abs. 2, 3 CISG ein befristetes, auf Mängelbeseitigung gerichtetes Angebot abgibt, welches mangels Käuferwiderspruchs wirksam wird (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Einheitliches UN-Kaufrecht, Art. 50 Rdnr. 7). Im Ergebnis stimmen CISG und BGB in dem hierin zum Ausdruck kommenden Grundsatz des Vorranges der (Nach)Erfüllung überein, der auch die Minderung gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 BGB erfasst. Die Minderung nach Art. 50 CISG unterscheidet sich jedoch von der Minderung nach §§ 437 Nr. 2, 440, 441 BGB in einem Punkt erheblich: Die Minderung nach Art. 50 CISG erfordert im Gegensatz zur Minderung nach BGB-Kaufrecht die vorherige Erhebung einer ordnungsgemäßen Rüge nach Art. 39 CISG.

Schließlich ist umstritten, ob die Minderung nach Art. 50 CISG ein Gestaltungsrecht ist und daher der Abgabe einer Minderungserklärung bedarf. Nach einer Ansicht ist dies deshalb nicht der Fall, weil in Art. 50 CISG von einer Minderungserklärung keine Rede sei. Der Käufer übe sein Recht zur Minderung einfach dadurch aus, dass er den Kaufpreis nicht zahlt oder, wenn er ihn bereits

bezahlt hat, wieder zurückverlangt. Mangels Gestaltungswirkung dieser Erklärungen sei auch nicht von einer Bindung an die Minderung auszugehen (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 50 Rdrn. 5, 16 und 17). Demgegenüber geht die herrschende Meinung ohne Weiteres davon aus, dass es sich bei dem Minderungsrecht um ein Gestaltungsrecht handelt, das durch die Abgabe einer Minderungserklärung ausgeübt werde. Die Rechtsfolge der berechtigten Minderung bestehe darin, dass der Kaufpreisanspruch in Höhe des Minderungsbetrages erlischt. Der Verkäufer kann daher nicht mehr den vollen Kaufpreis verlangen, der Käufer muss ihn nicht bezahlen (Staudinger/Magnus, Art. 50 Rdrrn.15 und 24; Reinhardt, Art. 50 Rdnr. 2; Herber/Czerwenka, Art. 50 Rdnr. 4). Demgegenüber ist die Rechtslage im BGB-Kaufrecht eindeutig: § 441 BGB ist als Gestaltungsrecht ausgestaltet, so dass die Minderung nicht kraft Gesetzes, sondern erst nach Zugang der Minderungserklärung des Käufers beim Verkäufer wirksam wird.

Rechtsfolge der berechtigten Minderung nach Art. 50 CISG ist nach ganz herrschender Meinung, dass der Käufer vom Kaufpreisanspruch in Höhe des Minderungsbetrages befreit wird. Hat er bereits gezahlt, dann erwirbt der Käufer einen Rückzahlungsanspruch in Höhe des Minderungsbetrages. Es ist allerdings umstritten, auf welcher Rechtsgrundlage dieser Rückzahlungsanspruch beruht. Nach einer Ansicht ergibt sich der Rückzahlungsanspruch unmittelbar aus Art. 50 CISG selbst. Andere wollen ihn auf eine analoge Anwendung des Art. 81 Abs. 2 CISG stützen, der die Verpflichtung der Parteien zur Rückgewähr des bereits Geleisteten bei der Vertragsaufhebung regelt (Staudinger/Magnus, Art. 50 Rdnr. 25 mwN; Lorenz, Jus 1993, 727, 729 Fußnote 32). Hinsichtlich der Rechtsfolgen stimmt die Minderung nach §§ 437 Nr. 2, 440, 441 BGB mit der Minderung nach Art. 50 CISG überein. Das BGB-Minderungsrecht hat allerdings - ebenso wie bei der Frage der Rechtsnatur - gegenüber Art. 50 CISG den Vorteil, dass auf Grund einer ausdrücklich geregelten Anspruchsgrundlage (§ 441 BGB i.V.m. §§ 346 f. BGB) kein Zweifel über die Rechtsgrundlage für den Anspruch auf Rückgewähr des überzahlten Betrages bestehen kann.

Der Minderungsbetrag berechnet sich ähnlich wie nach § 441 Abs. 3 BGB. Es gilt demnach die uns bereits bekannte Minderungsformel:

$$\text{Minderungspreis} = \frac{\text{WertdermangelhaftenSache}}{\text{WertdermangelfreienSache}} \cdot \text{Kaufpreis}$$

Anders als bei der Minderung nach § 441 BGB ist bei Art. 50 CISG bei der Berechnung des Minderungspreises auf den Zeitpunkt der Lieferung abzustellen. Bei § 441 Abs. 3 BGB ist dagegen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen. Das Abstellen auf den Zeitpunkt der Lieferung erleichtert die Berechnung des Minderungspreises erheblich, da die Werte zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nachträglich schwieriger zu ermitteln sind (Staudinger/Magnus, Art. 50 Rdnr. 21). Das BGB will dieses Problem dadurch abmildern, dass es, soweit erforderlich, Schätzung zulässt (§ 441 Abs. 3 S. 2 BGB).

Vergleicht man die Regelung der Minderung im BGB und im CISG global miteinander, so ist festzustellen, dass die beiden Regelungen nur im Detail voneinander abweichen. Dabei ist das Minderungsrecht nach Art. 50 CISG in puncto Berechnung des Minderungsbetrages praxisfreundlicher und für die Parteien leichter zu handhaben, weil das Abstellen auf den Zeitpunkt der Lieferung bei der Ermittlung des Verhältnisses des Wertes der mangelfreien und der mangelhaften Sache die Berechnung des Minderungspreises erheblich erleichtert. Demgegenüber zeichnet sich § 441 BGB durch eine größere Klarheit der Regelung bezüglich der Rechtsnatur als Gestaltungsrecht und der Rechtsgrundlage für den Anspruch auf Rückgewähr des infolge Minderung überzahlten Betrages aus. Im Übrigen ist aus Käufersicht Art. 50 CISG gegenüber § 441 BGB nachteiliger: Während Art. 50 CISG den Käufer auch beim Privatkau mit dem Erfordernis der ordnungsgemäßen Rüge nach Art. 39 CISG belastet, ist § 441 BGB von einem Rügeerfordernis frei.

#### *f. Der Schadensersatzanspruch*

Der Schadensersatzanspruch gemäß Art. 45 Abs. 1 b CISG kann bejaht werden, wenn

- eine Vertragsverletzung des Verkäufers vorliegt,
- die Vertragsverletzung zu einem ersatzfähigen Verlust gemäß Art. 74 CISG geführt hat und
- sich der Verkäufer nicht von seiner Ersatzpflicht nach Artt. 79, 80 CISG befreien kann
- dem Schadensersatzverlangen kein Recht des Verkäufers zur Mangelbehebung gemäß Art. 48 CISG entgegensteht und dieses nicht ohne Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 49 CISG zur Vertragsrückabwicklung führt

**Vertragsverletzung:** Wie wir bereits gesehen haben, versteht man unter „Vertragsverletzung“ jede Form der Nichterfüllung einer Vertragspflicht

(Schwenzer, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 74 Rdnrn. 11 und 12). Die Nichterfüllung kann auf der Lieferung einer sach- oder rechtmängelbehafteten Sache, auf der Lieferung eines aliuds, auf der nicht rechtzeitigen Erfüllung, auf der Unmöglichkeit der Erfüllung oder auf der Verletzung einer sonstigen Vertragspflicht bestehen. Diese Umstände können auch nach dem BGB-Kaufrecht einen Schadensersatzanspruch des Verkäufers begründen. Allerdings ist hier an eine Vielzahl verschiedener Anspruchsgrundlagen zu denken: §§ 280 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. 286, Abs. 3 i.V.m. 281 bzw. 282 bzw. 283, 311a Abs. 2 BGB. Damit sticht bereits ein Vorteil des Leistungsstörungenrechts des CISG gegenüber dem BGB-Kaufrecht ins Auge, der allerdings durch die Schuldrechtsreform erheblich verringert wurde: Anders als im BGB gibt es nicht mehrere verschiedene Anspruchsgrundlagen für Schadensersatz; vielmehr beschränkt sich das CISG insoweit auf eine einzige Vorschrift! Lediglich die c.i.c. wird nicht von Art. 45 Abs. 1 b CISG erfasst. Sie ist, wie wir bereits gesagt haben, im CISG bewusst überhaupt nicht geregelt (Stoll/Gruber, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 4. Aufl. 2004, Art. 74 Rdnr. 11).

Gegenüber den vorgenannten Schadensersatzansprüchen im Leistungsstörungenrecht des BGB fällt auf, dass Art. 45 Abs. 1 b CISG als verschuldensunabhängige Garantiehftung ausgestaltet ist, während die Schadensersatzansprüche des BGB als Haftung für vermutetes Verschulden konzipiert sind, so dass der Verkäufer sich durch den Beweis des Nichtvertretenmüssens von der Haftung befreien kann (vgl. § 280 Abs. 1 S. 2, 286 Abs. 4, 311a Abs. 2 S. 3 BGB). Allerdings zeigt die Befreiungsmöglichkeit nach Artt. 79, 80 CISG eine dem § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vergleichbare Interessenbewertung. Ferner könnte man bei unbefangener Lektüre des Art. 45 Abs. 1 b CISG meinen, dass das CISG „schadensersatzfreundlicher“ ausgestaltet ist als das generell dem Prinzip des Vorranges der Nacherfüllung unterliegende BGB-Kaufrecht (Ausnahmen: 280 Abs. 1, 281 Abs. 2, 282, 283, 311a Abs. 2, 440 BGB), das, soweit das Sinn macht, den Schadensersatzanspruch an den fruchtlosen Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung knüpft (Ausnahmen: 280 Abs. 1, 281 Abs. 2, 282, 283, 311a Abs. 2, 440 BGB). Dieser erste Eindruck täuscht indes. Der Verkäufer kann nämlich ebenso wie bei der Minderung das Schadensersatzbegehren abwenden, wenn er von seinem Mangelhebungsrecht aus Art. 48 CISG Gebrauch macht. Nur wenn dies nicht der Fall ist, kann der Käufer auch beim Vorliegen einer einfachen, nicht wesentlichen Vertragsverletzung aus Art. 45 Abs. 1 b CISG den kleinen Schadensersatz ersetzt verlangen, also die Sache behalten und den mangelbedingten Minderwert nebst Folgeschäden liquidieren (vgl. Stoll/Gruber, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 4. Aufl. 2004, Art. 74 Rdnr. 5). Ferner darf das

Schadensersatzverlangen nicht dazu führen, dass die Wertungen des Art. 49 CISG unterlaufen werden, wonach Vertragsaufhebung „ultima ratio“ ist. Dies wäre aber der Fall, wenn der Käufer trotz des Nichtvorliegens der Rücktrittsvoraussetzungen des Art. 49 CISG unter den erheblichen niedrigeren Anforderungen des Art. 45 Abs. 1 b CISG „großen Schadensersatz“ (Rückgabe der Kaufsache gegen Ersatz des gesamten Nichterfüllungsschadens) verlangen könnte. Daher ist Art. 45 Abs. 1 b CISG in systematischer Auslegung so zu verstehen, dass man aus ihm einen Anspruch auf „großen Schadensersatz“ nur ableiten kann, wenn zugleich die Voraussetzungen des Art. 49 CISG erfüllt sind und der Käufer mit dem Schadensersatzverlangen konkludent (und rechtzeitig: vgl. Art. 49 Abs. 2 CISG) den Rücktritt erklärt hat (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 45, Rdnr. 27). Damit ist das CISG bei näherer Betrachtung keineswegs schadensersatzfreundlicher als das BGB-Kaufrecht. Es gewährt lediglich dann im Hinblick auf den Vorrang der Nacherfüllung voraussetzungslos Schadensersatz, wenn der Schaden durch Nacherfüllung nicht mehr beseitigt werden kann (z.B. Verzögerungsschaden) oder wenn der Schaden, das Integritätsinteresse des Käufers betrifft, also „einfacher Schadensersatz“ ist. Dies entspricht im Ergebnis der Regelung des BGB (vgl. § 280 Abs. 1, ggf. i.V.m. Abs. 2, 286 bzw. Abs. 3, 281 Abs. 1 und 2 BGB, 282, 283 BGB).

**Befreiung des Schuldners von der Verpflichtung zum Schadensersatz nach Artt. 79, 80 CISG:** Der Schuldner wird von der Verpflichtung zum Schadensersatz frei, wenn er beweist, dass die Nichterfüllung auf einem außerhalb seines Einflussbereiches liegenden Hinderungsgrund beruht und dass von ihm vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund in Betracht zu ziehen oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden (Art. 79 Abs. 1 CISG). Gleiches gilt, wenn sich der Schuldner zur Erfüllung eines „Erfüllungsgehilfen“ bedient und sowohl der Schuldner als auch der Dritte die Voraussetzungen des Art. 79 Abs. 1 CISG erfüllen (Art. 79 Abs. 2 CISG).

Die vorgestellten Vorschriften machen deutlich, dass das CISG bei der Vertragshaftung anders als das BGB-Leistungstörungsrecht grundsätzlich vom Garantieprinzip und nicht vom Verschuldensprinzip ausgeht. Dem Vorbild des englischen und amerikanischen Rechts weitgehend folgend, haben die Parteien dafür einzustehen, dass das gegebene Vertragsversprechen eingehalten wird. Mangelndes Verschulden befreit sie nicht von der Haftung. Befreien kann den Schuldner nur der Nachweis, dass die Nichterfüllung auf einem Umstand beruht, der seinem Einfluss entzogen ist. Damit erhebt das CISG die mangelnde Beherrschbarkeit des Risikos zum Entlastungsprinzip (Schwenzer, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 79 Rdnr. 10 ff.).

Trotz der verschiedenen Ausgangspunkte knüpft auch Art. 79 CISG an subjektive Elemente an, indem er auf die mangelnde Erkennbarkeit und Vermeidbarkeit des Hinderungsgrundes abstellt (Schwenzer, aaO., Art. 79 Rdnr. 13, 14).

Nach Art. 80 CISG kann sich der Käufer nicht auf die Nichterfüllung von Pflichten durch den Verkäufer berufen, soweit diese Nichterfüllung durch seine Handlung oder Unterlassung verursacht wurde. Art. 80 CISG geht damit über Art. 79 CISG hinaus und befreit den Verkäufer nicht nur von der Schadensersatzhaftung, sondern verwehrt dem Käufer alle Rechtsbehelfe. Wegen dieser einschneidenden Rechtsfolge geht die wohl überwiegende Ansicht davon aus, dass Art. 80 CISG nicht auf den Fall der beiderseitigen Verursachung der Nichterfüllung anwendbar ist. Demnach setzt Art. 80 CISG voraus, dass die Nichterfüllung alleine kausal und zurechenbar durch den Käufer verursacht worden ist (Schwenzer, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 80 Rdnr. 2 ff.).

#### *i. Der Verlust*

Der Schadensersatzanspruch des Art. 45 Abs. 1 b CISG setzt einen ersatzfähigen Schaden voraus. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruches werden durch Art. 74 CISG geregelt. Nach Art. 74 Satz 1 CISG ist der infolge der Vertragsverletzung entstandene Verlust einschließlich des entgangenen Gewinns zu ersetzen. Damit ist der gesamte kausal durch die Vertragsverletzung herbeigeführte Verlust gemeint, ohne dass es dabei auf die im kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrecht des BGB so wichtige Abgrenzung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden ankäme (Reinhart, UN-Kaufrecht, Art. 74 Rdnr. 2). Art. 74 Satz 1 CISG basiert auf dem Grundsatz der Totalreparation und erfasst daher bei der Lieferung einer mangelhaften Sache auch die sogenannten Mangelfolgeschäden, die infolge des Mangels des Kaufgegenstandes an einem anderen Rechtsgut des Käufers auftreten.

Auch im BGB-Kaufrecht werden Mangelfolgeschäden nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 bzw. nach §§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1 und 3, 281 bzw. 283 BGB ersetzt, wobei lediglich darüber diskutiert wird, ob Mangelfolgeschäden unter § 280 Abs. 1 bzw. §§ 280 Abs. 1 und 3 i.V.m. §§ 281 ff. BGB fallen.

Der Schaden wird nach Art. 74 Satz 1 CISG in Geld geleistet und ist demnach nicht wie grundsätzlich nach § 249 BGB in Natur zu ersetzen (vgl. Herber/Czerwenka, Art. 74 Rdnr. 4). Dies ist jedoch nur auf den ersten Blick ein Unterschied zwischen CISG und BGB. Für die für das kaufvertragliche Leistungsstörungenrecht relevanten Ansprüche auf Schadensersatz „statt der Leistung“ (§§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1 und 3, 281 ff. BGB) ist nämlich mit der



bisher zum alten Recht herrschenden Meinung davon auszugehen, dass auch sie in Abweichung von § 249 BGB grundsätzlich nur auf Geldersatz gerichtet seien. Dies ergibt sich daraus, dass ein auf Naturalrestitution gerichteter Schadensersatzanspruch im Ergebnis nur zu der bei einem Vorgehen nach §§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1 und 3, 281 ff. BGB gar nicht mehr geschuldeten Erfüllung führe. Bei den Ansprüchen aus §§ 281 ff. BGB tritt aber ein Schadensersatzanspruch in Geld an die Stelle des primären Erfüllungsanspruchs („Schadensersatz statt der Leistung“). Nacherfüllung kann indes lediglich im Rahmen des §§ 437 Nr. 1, 439 BGB verlangt werden (vgl. die kritische Darstellung zum alten Recht bei MüKo/Emmerich, § 280 Rdnr. 11 f.; RGZ 127, 245, 248).

Der nach Art. 74 Satz 1 CISG grundsätzlich erstattungsfähige Verlust wird durch die Vorhersehbarkeitsregel des Art. 74 Satz 2 CISG begrenzt. Nach Art. 74 Satz 2 CISG wird nur derjenige Verlust erstattet, den die vertragsbrüchige Partei bei Vertragsschluss als mögliche Folge der Vertragsverletzung vorausgesehen hat oder unter Berücksichtigung der Umstände, die sie kannte oder kennen musste, hätte voraussehen müssen. Bei Anwendung dieser Regel auf die verschiedenen Schadensarten ergibt sich, dass der Nichterfüllungsschaden grundsätzlich vorhersehbar ist, da die Höhe dieses Schadens in der Regel von Faktoren abhängt (z.B. Marktverhältnisse), die der Schuldner kennt oder kennen muss. Daher wird Art. 74 Satz 2 CISG namentlich bei den sogenannten Folgeschäden relevant. Dies sind vor allem die sogenannten Haftungsschäden (Haftung des Gläubigers infolge der Nichterfüllung), der entgangene Gewinn sowie die Mangelfolgeschäden. Die Anwendung des Art. 74 Satz 2 CISG auf den entgangenen Gewinn ergibt, dass dieser nur erstattet wird, wenn der Schuldner mit einer Weiterveräußerung der Ware rechnen musste. Dies wird beim Kaufmann stets - widerlegbar - vermutet. Gleiches gilt für die Haftungsschäden. Auch hier muss der Käufer schon beim Abschluss des Kaufvertrages damit rechnen, dass sich der Verkäufer gegenüber Abnehmern haftbar macht, wenn er dem Verkäufer gegenüber vertragswidrig leistet (Schwenzer, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 74 Rdnr. 55 ff.). Eine solche Begrenzung bei Haftungsschäden und entgangenem Gewinn, die in der Praxis eine große Rolle spielen, kennt das interne deutsche Kaufrecht nicht. Insbesondere daher wird die Haftung des Verkäufers nach dem BGB als gegenüber dem CISG „härter“ eingestuft (Mitschke, BB 1997, 1494, 1497).

Demgegenüber sind die Mangelfolgeschäden wiederum grundsätzlich vorhersehbar. Art. 74 Satz 2 CISG schließt hier lediglich die Haftung für solche Schäden aus, die auf atypischen Kausalverläufen beruhen (Schwenzer, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 74 Rdnr. 57).

Damit bleibt es hinsichtlich der Mangelfolgeschäden bei dem bereits Gesagten: Sie werden im CISG grundsätzlich einheitlich nach Art. 45 Abs. 1 b CISG ersetzt.

Die Haftungsbeschränkung des Art. 74 Satz 2 CISG ist den auf Nichterfüllung gerichteten Schadensersatzansprüchen des BGB fremd (Coester-Waltjen, Jura 1997, 637,639). Bei näherer Betrachtung erfüllt sie jedoch eine ähnliche Funktion wie die Adäquanztheorie und die Zurechnungslehre (Schutzzwecklehre) des internen deutschen Zivilrechts.

#### *ii. Kombinationen*

Nach Art. 45 Abs. 2 CISG kann der Verkäufer den Schadensersatzanspruch ebenso wie im BGB-Kaufrecht (vgl. § 325 BGB) mit den übrigen bereits vorgestellten Rechtsbehelfen des CISG kombinieren. Die verschiedenen dabei denkbaren Kombinationsmöglichkeiten wollen wir nun im Einzelnen näher betrachten:

**Geltendmachung von Schadensersatz neben dem Erfüllungs- (Art. 46 Abs. 1 CISG), dem Ersatzlieferungs- (Art. 46 Abs. 2 CISG) oder dem Nachbesserungsanspruch (Art. 46 Abs. 3 CISG):** Macht der Käufer einen der genannten Erfüllungsansprüche geltend, dann kann er mit dem Schadensersatzanspruch gemäß Art. 45 Abs. 1 b CISG die durch Erfüllung nicht mehr behebbaren Schäden ersetzt bekommen. Als solche kommen etwa Mangelfolgeschäden an sonstigen Rechtsgütern des Käufers oder Verzögerungsschäden in Betracht.

**Geltendmachung von Schadensersatz neben dem Recht auf Aufhebung des Vertrages:** Die Erklärung der Vertragsaufhebung gestaltet den Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis um: Die beiderseitigen Hauptleistungspflichten erlöschen (Art. 81 Abs. 1 Satz 1 CISG), die bereits erbrachten Leistungen sind zurückzugewähren (Art. 81 Abs. 2 CISG) und die aus der bereits erbrachten Leistung gezogenen vermögenswerten Vorteile sind auszugleichen (Art. 84 CISG). Darüber hinaus gehende Schäden (z.B. Verzögerungsschäden, Schäden an sonstigen Rechtsgütern) können dann gemäß Art. 45 Abs. 1 b CISG zurückerstattet werden. Damit zieht das CISG die Konsequenzen daraus, dass der Schadensersatzanspruch nach Art. 45 Abs. 1 b CISG - anders als der „Schadensersatz statt der Leistung“ im BGB - nicht auch die Liquidierung der beiderseitigen Leistungspflichten mitumfasst (Stoll/Gruber, in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 4. Aufl. 2004, Art. 74 Rdnr. 5). Dies bedeutet nämlich, dass der Käufer alleine auf Grund der Anspruchsgrundlage des Art. 45 Abs. 1 b CISG keinen „großen Schadensersatz“ verlangen kann, so wie er uns im Rahmen der §§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1 und 3, 281 ff. BGB bekannt ist. Will der

Käufer dies erreichen, muss er eben die Aufhebung des Vertrages erklären und daneben Schadensersatz verlangen. Ein solches Vorgehen ist ihm natürlich auch im deutschen Recht gemäß § 325 BGB ermöglicht, das seit der Schuldrechtsreform kein Koppelungsverbot von Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung mehr kennt. Allerdings führt die gemäß § 325 BGB auch neben dem Schadensersatzverlangen zulässige Rücktrittserklärung dazu, dass der Käufer auf den „großen Schadensersatz“ beschränkt bleibt. Ein Übergehen auf den kleinen Schadensersatzanspruch ist nach Erklärung des Rücktritts nicht mehr möglich. Letztendlich handelt es sich dabei jedoch nur um verschiedene konstruktive Vorgehensweisen, die am praktischen Ergebnis nichts ändern: Der Käufer steht weitgehend gleich, wenn er nach Art. 45 Abs. 1 b, 45 Abs. 2, 49 Abs. 1 CISG die Vertragsaufhebung erklärt und zugleich Schadensersatz verlangt oder wenn er „Schadensersatz statt der Leistung“ gemäß §§ 437 Nr. 3, 440, 280 Abs. 1 und 3, 281 ff. BGB nach der Surrogationsmethode bzw. auf der Basis des „großen Schadensersatzes“ verlangt oder wenn er zusätzlich zu dem Verlangen auch noch zurücktritt. Daneben kann der Käufer sich natürlich auch bei Geltung des CISG auf die Geltendmachung des (kleinen) Schadensersatzanspruches nach Art. 45 Abs. 1 b CISG beschränken und die Kaufsache behalten. Auch im CISG hat der Käufer demnach im Ergebnis die Wahl zwischen dem „kleinen“ und dem „großen Schadensersatzanspruch“.

**Geltendmachung von Schadensersatz neben der Minderung:** Praktisch wenig relevant, aber rechtlich (sowohl nach CISG wie BGB) möglich, ist die Kombination von Minderung und Schadensersatz, da die Geltendmachung des Schadensersatzes alleine zum gleichen Ergebnis führt.

#### *g. Das Recht zur zweiten Andienung*

Gemäß Art. 48 Abs. 1 CISG kann der Verkäufer einen Mangel in der Erfüllung seiner Pflichten auch nach dem Liefertermin auf eigene Kosten beheben, wenn dies keine unzumutbare Verzögerung nach sich zieht und dem Käufer weder unzumutbare Unannehmlichkeiten noch Ungewissheit über die Erstattung seiner Auslagen durch den Verkäufer verursacht. Dies gilt aber nur „vorbehaltlich des Art. 49“.

Dieses in Art. 48 Abs. 1 CISG geregelte „Recht zur zweiten Andienung“ („seller’s right to cure“), das durch den Grundsatz des Vorranges der Nacherfüllung auch de facto im BGB gilt, baut auf dem im BGB noch ein wenig konsequenter durchgehaltenen Gedanken des Vorranges der Aufrechterhaltung des Vertrages vor dessen Abwicklung auf Sekundärleistungsebene auf. Größte praktische Bedeutung hat es bei Sach- und Rechtsmängeln. Bei nicht rechtzeitiger Vertragserfüllung ist es

regelmäßig uninteressant, da hier bereits aus Art. 49 Abs. 1 b CISG folgt, dass der Verkäufer nacherfüllen kann, solange die Verzögerung keine „wesentliche Vertragsverletzung“ darstellt (dann Art. 49 Abs. 1 a CISG) und eine vom Käufer gemäß Art. 47 Abs. 1 CISG gesetzte Nachfrist noch nicht fruchtlos abgelaufen ist (dann Art. 49 Abs. 1 b CISG). Der „Vorbehalt des Art. 49“ wird von der herrschenden Meinung (auch international) so verstanden, dass das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers nicht besteht, wenn seine mangelhafte Erfüllung bereits eine „wesentliche Vertragsverletzung“ darstellt. Dann hat der Verkäufer das Recht, die Aufhebung des Vertrages zu verlangen (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 48 Rdnr. 14 ff.). Allerdings wird das nur in Ausnahmefällen, wie etwa dem Vorliegen eines Fixgeschäfts oder im Falle betrügerischen Verhaltens des Verkäufers im Zusammenhang mit der Leistung angenommen (Müller-Chen aaO. Art. 48 Rdnr. 15), also in Fällen in denen auch nach BGB-Kaufrecht der Vorrang der Nacherfüllung durchbrochen ist (vgl. § 323 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 BGB). Dennoch ist auf Grund der klaren und abschließenden Regelung der Fälle in § 323 Abs. 2 BGB, in denen das Prinzip des Vorranges der Nacherfüllung nur durchbrochen werden darf (falls die Rechtsprechung § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB zurückhaltend auslegen wird), der Vorrang der Vertragsdurchführung regelungstechnisch klarer herausgestellt als im CISG, bei dem alles davon abhängt, ob man den Mangel als „wesentliche Vertragsverletzung“ wertet oder nicht. Im Übrigen ist der Verkäufer im Anwendungsbereich des CISG frei, zwischen den ihm geeignet erscheinenden Möglichkeiten der Mängelbeseitigung zu wählen: Er kann die Ware austauschen oder reparieren, die Beseitigung eines den Kaufgegenstand belastenden Rechts herbeiführen (Herber/Czerwenka, Internationales Kaufrecht, Art. 48 Rdnr. 2). Allerdings gilt dies nur, wenn der Mangel überhaupt behebbbar ist. So kann der Verkäufer z.B. beim Stückkauf nicht mit einer anderen fehlerfreien Sache nacherfüllen, da diese Sache nie geschuldet war (Müller-Chen, in: Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Art. 48 Rdnr. 8). Dieses Wahlrecht des Verkäufers unterscheidet das CISG wiederum vom BGB, das in § 439 BGB dem Käufer ein Wahlrecht hinsichtlich der verschiedenen Varianten der Nacherfüllung einräumt, das seinerseits der Verkäufer nur durch die Einrede aus § 439 Abs. 3 BGB beschränken kann. Bei „Unzumutbarkeit“ ist das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers ausgeschlossen. Typische Beispiele für eine solche „Unzumutbarkeit“ sind z.B. mehrfache bereits fehlgeschlagene Nachbesserungsversuche oder durch die Nacherfüllung herbeigeführte Betriebsstörungen und Produktionsunterbrechungen (Herber/Czerwenka, Internationales Kaufrecht, Art. 48 Rdnr. 3).

## **8. Zusammenfassender Vergleich des Leistungsstörungsrechts des UN-**

## Kaufrechts mit dem Leistungsstörungenrecht des BGB-Kaufs

Die prägnanteste Gemeinsamkeit zwischen dem Leistungsstörungenrecht des CISG und dem BGB-Kaufrecht ist darin zu sehen, dass das Leistungsstörungenrecht des UN-Kaufrechts ebenso wie das Leistungsstörungenrecht des BGB-Kaufrechts auf jeweils einem einheitlichen Zentralbegriff aufbauen, die sich zwar begrifflich ein wenig voneinander unterscheiden, aber inhaltlich identisch sind (im CISG: „Nichterfüllung“ bzw. synonym „Vertragsverletzung“; im BGB: „Pflichtverletzung“). Diese gemeinsame Regelungstechnik kann auch nicht verwundern, wenn man bedenkt, dass das CISG ein wesentliches Vorbild für den Gesetzgeber der Schuldrechtsreform war. Allerdings hat das BGB - Leistungsstörungenrecht ausgehend von diesem Zentralbegriff mehrere Unterkategorien der „Pflichtverletzung“ geschaffen (anfängliche(s) und nachträgliche(s) Unmöglichkeit (Unvermögen): §§ 275, 283, 311a, 326 Abs. 5 BGB; Leistungsverzögerung/Verzug: 280 Abs 2, 286, 281, 323; Verletzung von Nebenpflichten: nichtleistungsbezogen (vertraglich/vorvertraglich): 280 Abs. 1 (ggf. i.V.m. § 311 Abs. 2), Abs. 3 i.V.m. 282, 324 BGB; leistungsbezogen: §§ 280 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. 281, 323 BGB; Schlechtleistung („Nichtvertragsgemäßheit der Leistung“): §§ 281, 323 BGB (ggf. i.V.m. 437 Nr. 2, 3 BGB), 439, 441 BGB)). Diese Regelungstechnik führt zwar zu einer recht hohen Zahl verschiedener Anspruchsgrundlagen, erleichtert im Ergebnis jedoch durch eine Absenkung des Abstraktionsgrades die Rechtsanwendung, zumal der Gesetzgeber das Auffinden der einschlägigen über das BGB verstreuten Anspruchsgrundlagen (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. 286, Abs. 3 i.V.m. 281 bzw. 282 bzw. 283, 311a Abs. 2, 346 i.V.m. § 323 bzw. 324 bzw. 326 Abs. 5 (alles ggf. i.V.m. § 437, 440), 439 BGB) durch Verweisungsvorschriften erleichtert hat (vgl. §§ 275 Abs. 4, 280 Abs. 2 und 3, 437, 634 BGB, die weitgehend nur „Merktzettelfunktion“ haben). Demgegenüber verzichtet das CISG zwar auch nicht auf Unterkategorien zum Zentralbegriff der „Nichterfüllung“ bzw. „Vertragsverletzung“, beschränkt sich aber auf eine weniger weit gehende Differenzierung als das BGB, die ganz ohne die Kategorie der Unmöglichkeit auskommt, („Nichtvertragsgemäßheit der Ware“: Art. 46 Abs. 2 und 3, Art. 50 CISG; „Nichtlieferung“ bzw. „verspätete Lieferung“: Art. 49 Abs. 1 b, Abs. 2 CISG)) und fängt dies dadurch auf, dass es auf einer höheren Abstraktionsebene als das Leistungsstörungenrecht des BGB das Eingreifen bestimmter Rechtsbehelfe davon abhängig macht, ob die Vertragsverletzung „wesentlich“ ist oder nicht (vgl. Coester-Waltjen, Jura 1997, 637). Trotz der höheren Zahl von Anspruchsgrundlagen hat das Leistungsstörungenrecht des BGB-Kaufs gegenüber dem Leistungsstörungenrecht des UN-Kaufrechts den Vorzug, dass es wegen des geringeren Abstraktionsgrades „benutzerfreundlicher“ ist. Dies wird ferner durch die §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2, 440 BGB deutlich, die klar regeln, in welchen Fällen das Prinzip des Vorranges der Nacherfüllung durchbrochen wird,

während sich dies im Anwendungsbereich des CISG nur teils durch systematische Auslegung (im Verhältnis von Art. 45 Abs. 1 b zu Art. 48 und 49 CISG), teils aus der richtigen Anwendung des Merkmals „wesentliche Vertragsverletzung“ erschließt. Allerdings bewahrt auch das BGB nicht vor der Notwendigkeit, zwischen erheblichen und unerheblichen Pflichtverletzungen zu unterscheiden, weil es bei unerheblichen Pflichtverletzungen beim Vorrang der Nacherfüllung bleibt (§ 281 Abs. 1 Satz 3, § 325 Abs. 5 Satz 2 BGB).

Ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der „Benutzerfreundlichkeit“ fällt zugunsten des BGB ins Gewicht, dass es seit der Schuldrechtsreform auf schwierige Abgrenzungen verzichtet, die die Anwendung des BGB erschweren. Neben der bereits angesprochenen kasuistisch vorzunehmenden Abgrenzung von „wesentlicher“ und „unwesentlicher Vertragsverletzung“ ist hier die schwierige Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsmangel zu nennen, die im BGB wegen §§ 434, 435 BGB entbehrlich ist, im CISG indes bei der Anwendung des Art. 46 CISG insofern eine große Rolle spielt, als Art. 46 Abs. 2 und 3 CISG nur beim Sachmangel nicht aber beim Rechtsmangel zur Anwendung kommen.

Eine weitere Gemeinsamkeit von CISG und BGB ist, dass sie beide vom Vorrang der Vertragserhaltung ausgehen. Dabei geht das CISG insoweit weiter als das BGB, als es den Käufer mit einer Untersuchungs- und Rügeobliegenheit belastet, die das deutsche Zivilrecht nur für den Handelskauf vorsieht (§ 377 HGB). Demgegenüber geht das BGB-Kaufrecht wegen der regelmäßig geringeren Bedeutung der Transportkosten beim Inlandskauf in der Umsetzung des Prinzips des Vorranges der Nacherfüllung insoweit einen Schritt weiter als das CISG, als es auch den Anspruch auf Nachlieferung als primären Rechtsbehelf ausgestaltet, den der Käufer wahlweise neben dem Anspruch auf Nachbesserung geltend machen kann, während der Anspruch auf Nachlieferung in Art. 46 Abs. 2 CISG an eine „wesentliche Vertragsverletzung“ gebunden und mithin nicht nur als sekundärer Rechtsbehelf, sondern als „ultima ratio“ ausgestaltet ist.

Außer dem Anspruch auf Nachlieferung ist auch der Rechtsbehelf der Vertragsaufhebung im CISG (Art. 49 Abs. 1 CISG) als „ultima ratio“ konzipiert. Demgegenüber ist das BGB-Kaufrecht ein wenig rüchtrittsfreundlicher (§§ 437 Nr. 2, 440, 323 bzw. 326 Abs. 5 BGB). Es macht zwar auch im Regelfall des Rücktritts wegen eines behebbaren Mangels gemäß §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB das Rücktrittsrecht vom fruchtlosen Ablauf einer dem Verkäufer gesetzten angemessenen Frist zur Nacherfüllung abhängig und schließt den Rücktritt nach § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB bei unerheblichen Pflichtverletzungen aus, stellt damit aber immer noch geringere Hürden für den Rücktritt auf als das CISG. Dieses fordert für die Vertragsaufhebung nämlich nicht nur einen Mangel der Kaufsache,

sondern darüber hinaus, dass dieser Mangel als „wesentliche Vertragsverletzung“ gewertet werden kann, was nur der Fall ist, wenn er objektiv so schwerwiegend ist, dass dies die Vertragsaufhebung rechtfertigt. Dies wird nur bejaht, wenn dem Käufer eine anderweitige Verwertung der Kaufsache im gewöhnlichen Geschäftsverkehr, wenn auch mit einem Preisabschlag, ohne unverhältnismäßigen Aufwand nicht zugemutet werden kann. Hinzu kommt, dass das Rücktrittsrecht des CISG - wie alle Rechtsbehelfe im CISG - die Beachtung der dem BGB-Kaufrecht unbekanntenen Rügeobliegenheit gemäß Art. 39 CISG erfordert.

Ähnlich sind hingegen die Rechtsbehelfe Schadensersatzanspruch (Art. 45 Abs. 1 b CISG; §§ 437 Nr. 3, 440, 280 ff. bzw. 311a Abs. 2 BGB) und Minderung (Art. 50 CISG; §§ 437 Nr. 2, 441 BGB) konzipiert. Sowohl im CISG (vgl. Art. 48 CISG, Art. 50 S. 2 CISG) als auch im BGB stehen die Minderung und der kleine Schadensersatz grundsätzlich unter dem Vorbehalt des Vorranges der Nacherfüllung. Lediglich die Geltendmachung des großen Schadensersatzes ist im CISG wegen der ultima-ratio-Funktion der Vertragsaufhebung (siehe oben) gegenüber der Regelung im BGB geringfügig erschwert, da das BGB nach Ablauf einer angemessenen Nacherfüllungsfrist grundsätzlich bei jedem Sachmangel großen Schadensersatz („statt der Leistung“) gewährt und den Schadensersatzanspruch nur bei unerheblicher Pflichtverletzung ausschließt (§ 281 Abs. 1 S. 3 BGB), während das CISG einen Mangel verlangt, der objektiv so schwerwiegend ist, dass er eine Vertragsaufhebung rechtfertigt („wesentliche Vertragsverletzung“).

Alles in allem kann man abschließend festhalten, dass das Leistungsstörungenrecht im CISG und BGB-Kaufrecht einer ähnlichen Regelungstechnik unterworfen sind und vergleichbaren Wertungen („Vorrang der Vertragserfüllung“) folgen und sich lediglich in der Ausgestaltung im Detail voneinander unterscheiden. Die markantesten Unterschiede liegen in der höheren Abstraktion und der geringeren Regelungsdichte des CISG sowie in seiner Konzeption der Vertragsaufhebung als „ultima ratio“.





# *Bereicherungsrecht in Zweipersonenbeziehungen*

---

## *I. Die Hauptfunktion des Bereicherungsrechts*

Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas erlangt, ist diesem gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 BGB zur Herausgabe verpflichtet. Der Gerechtigkeitsgehalt dieser Vorschrift erklärt sich von selbst. Bezahlt jemand versehentlich seine Schuld doppelt, so ist es eine Selbstverständlichkeit, dass der Gläubiger die zweite Zahlung herausgeben muss. Genauso selbstverständlich ist es, dass derjenige, der fremde Kohle verheizt und dadurch Geld für deren Kauf spart, dem Eigentümer auch dann ausgleichspflichtig ist, wenn er die Kohle schuldlos für seine eigene halten durfte und nicht gemäß § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig ist. Die primäre Funktion des Bereicherungsrechts besteht somit in der Abschöpfung eines ungerechtfertigten Vorteils. Darin liegt zugleich der Unterschied gegenüber dem Schadensrecht. Während es dort um den Ausgleich einer Einbuße im Vermögen des Gläubigers geht, besteht das Ziel des Bereicherungsrechts umgekehrt in der Rückgängigmachung einer Vermehrung im Vermögen des Schuldners. Der Vermögenszuwachs des Bereicherten wird zugunsten des Entreicherten abgeschöpft. In Konsequenz dieser Abschöpfungsfunktion ist jeder Bereicherungsanspruch grundsätzlich - vorbehaltlich einer verschärften Haftung gemäß §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB - ausgeschlossen, wenn sich im Vermögen des Bereicherten kein Überschuss mehr findet, vgl. § 818 Abs. 3 BGB (Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage,

1994, § 67 I 1 = S. 127 f.). Allerdings wäre die Feststellung unzutreffend, dass schadensersatzrechtliche Aspekte im Bereicherungsrecht keine Rolle spielten. Wurde jemandem aufgrund eines unwirksamen schuldrechtlichen Vertrags eine Sache wirksam übereignet - was ja nach dem Abstraktions- und Trennungsprinzip möglich ist - und zerstört er diese nun, kann er sich nicht immer auf den Wegfall der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 BGB berufen. Er haftet verschärft gemäß §§ 819, 818 Abs. 4, 292, 989 BGB auf Schadensersatz, wenn er die Unwirksamkeit des Vertrages kannte (Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994, § 67 I 1 c = S. 128 f.).

---

## *II. Die einzelnen Tatbestände im Überblick*

### **1. Die Unterscheidung zwischen Leistungs- und Nichtleistungskondiktion**

§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB unterscheidet zwischen der Bereicherung durch die Leistung eines anderen und der Bereicherung in sonstiger Weise. Hieran entzündete der sich bis heute überlebende Streit, ob § 812 Abs. 1 S. 1 BGB nur einen einzigen einheitlichen Grundtatbestand enthält und der Leistungskondiktion nur die Bedeutung eines besonders hervorgehobenen Beispiels beizumessen ist (Einheitstheorie), oder ob mit der heute weit überwiegenderen Trennungstheorie die Verschiedenheit der beiden Alternativen des § 812 Abs. 1 S. 1 BGB scharf betont wird, § 812 Abs. 1 S. 1 BGB also in den Tatbestand der Leistungskondiktion („Wer durch die Leistung eines anderen ...“, § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB) und der Nichtleistungskondiktion („... oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten ...“, § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB) zerfällt.

Der Begriff „Kondiktion“ (von lat. *condictio*) ist gleichbedeutend mit „Bereicherungsanspruch“. Zum einen legt es bereits die Systematik des Gesetzes nahe, von einer Sonderstellung der Leistungskondiktion auszugehen. Denn das Gesetz hält in den §§ 813, 814, 815, 817, 819 Abs. 2, 820 Abs. 1 BGB Tatbestände bereit, die nur für die Leistungskondiktion gelten. Zum anderen spricht die Verschiedenheit der erfassten Sachverhalte für eine Zweiteilung. Einerseits dient die Leistungskondiktion der Rückabwicklung fehlgeschlagener Güterbewegungen (Leistungen), die zB aufgrund eines unerkannt nichtigen Vertrages vorgenommen wurden. Andererseits geht es um Fallgestaltungen, in denen jemand aus einem fremden Recht Vorteile zieht, etwa indem er wirksam eine fremde Sache veräußert (§ 932 BGB). Hier steht der Schutz des fremden Rechtes im Mittelpunkt, der

Bereicherungsanspruch hat jetzt die Funktion einer Ergänzung zu den vindikatorischen, negatorischen und deliktischen Ansprüchen aus §§ 985, 1004, 823 BGB. Die Rückabwicklung von Güterbewegungen und Güterschutz sind die beiden Gebiete, denen Leistungskondiktion und Eingriffskondiktion (als wichtigste Nichtleistungskondiktion) funktionell zugeordnet sind (Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994, § 67 I 2 = S. 129 f.). In Klausuren sollte ganz selbstverständlich von dieser Unterteilung des § 812 Abs. 1 S. 1 BGB ausgegangen werden. Eine Konsequenz dieser Zweiteilung ist, dass das Tatbestandsmerkmal „auf dessen Kosten“ für die Leistungskondiktion keine Rolle mehr spielt: Gläubiger und Schuldner werden ausschließlich durch den Leistungsbegriff bestimmt.

## 2. Die Leistungskondiktion

Das Gesetz unterscheidet in den §§ 812 ff. BGB verschiedene Tatbestände der Leistungskondiktion. Ihre Darstellung gehört nicht in den Rahmen dieser Vorlesung. Im Folgenden seien sie um der Vollständigkeit willen aufgezählt (einen kurzen Überblick gibt: Musielak, GK BGB, Rdnr. 704). Nur auf die Tatbestandsvoraussetzungen der *condictio indebiti* (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB) wird unten überblicksartig eingegangen.

### *a. condictio indebiti (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB)*

Grundtatbestand der Leistungskondiktion ist die sog. *condictio indebiti*, § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Sie ist tatbestandlich erfüllt, wenn ein Rechtsgrund für eine durch Leistung bewirkte Vermögensverschiebung von Anfang an nicht vorhanden ist, wenn das Kausalgeschäft zB wegen Geschäftsunfähigkeit (§ 105 BGB) oder Formmangels (§ 125 BGB) nichtig ist. § 813 BGB erweitert den Tatbestand der *condictio indebiti* auf Fälle, in denen die Schuld zwar besteht, aber mit einer peremptorischen Einrede behaftet ist. Eine Ausnahme gilt für die Einrede der Verjährung (§ 813 Abs. 1 S. 2 BGB).

### *b. condictio ob causam finitam (§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB)*

Die *condictio ob causam finitam* ist durch den nachträglichen Wegfall des Rechtsgrundes gekennzeichnet, zB durch den Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks, §§ 530, 531 II (BGH, NJW 1999, 1626 (1630)).

*c. condictio ob rem oder condictio causa data causa non secuta (§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB)*

Hier besteht der Bereicherungsanspruch auch dann, wenn der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. Welche Gestaltungen hierunter fallen, gehört in eine spätere Vorlesung zum Bereicherungsrecht. Als Regelsatz lässt sich formulieren: Wer zur Erreichung eines nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolges **wissentlich eine nicht geschuldete Leistung** erbringt, kann Herausgabe des Erlangten verlangen, wenn der Erfolg nicht eintritt.

*d. condictio ob turpem vel iniustam causam (§ 817 S. 1 BGB)*

Diese Kondiktion betrifft den Fall, dass der Empfänger mit der Leistungsannahme gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt. Da in solchen Fällen meist schon das Verpflichtungsgeschäft gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig sein wird, greift bereits die *condictio indebiti* ein, sodass es des Rückgriffes auf § 817 S. 1 BGB nur in seltenen Fällen bedarf (Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994, § 67 I 6 = S. 157 f.).

### **3. Die Nichtleistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB)**

Innerhalb der Nichtleistungskondiktion wird unterschieden zwischen der Eingriffs-, Rückgriffs-, und Verwendungskondiktion. Im Gegensatz zur Leistungskondiktion sind die Unterfälle der Nichtleistungskondiktion im Gesetz mit Ausnahme des § 816 BGB nicht geregelt. Für mehr als einen sporadischen Überblick ist hier nicht der Ort (Überblick bei: Musielak, GK BGB, Rdnr. 714).

*a. Eingriffskondiktion*

Der wichtigste Unterfall der Nichtleistungskondiktion ist die Eingriffskondiktion. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass der Bereicherungsschuldner in eine fremde Rechtsposition eingreift und sich dadurch einen Vermögensvorteil verschafft. Der Bereicherungsanspruch wird ausgelöst, weil der erlangte Vorteil nach dem Recht der Güterzuordnung nicht dem Eingreifenden, sondern dem Bereicherungsgläubiger zusteht. Einen Sondertatbestand der Eingriffskondiktion bildet § 816 BGB. Verkauft und übereignet ein Nichteigentümer eine Sache an einen Dritten und erwirbt dieser gemäß §§ 929, 932 BGB an der Sache Eigentum, kann der Alteigentümer von dem „nicht berechtigten“ Veräußerer die Herausgabe

des Verkaufserlöses gemäß § 816 Abs. 1 S. 1 BGB verlangen. Ein Durchgriff gegen den Dritten ist ausgeschlossen (Ausnahme: § 816 Abs. 1 S. 2 BGB).

*b. Verwendungskondiktion*

Hierbei handelt es sich um Sachverhalte, in denen jemand Vermögenswerte auf fremdes Gut verwendet, ohne jedoch dem Eigentümer dadurch eine Leistung zu erbringen

*c. Rückgriffskondiktion*

Hier geht um Fälle, in denen der Bereicherungsgläubiger auf fremde Schuld zahlt, ohne dadurch eine Leistung an den fremden Schuldner zu erbringen.

#### **4. Verhältnis der Leistungs- zur Nichtleistungskondiktion**

Die ganz herrschende Meinung geht davon aus, dass die Nichtleistungskondiktion zur Leistungskondiktion subsidiär ist. Das aufgrund einer Leistung Erlangte kann nicht im Wege der Nichtleistungskondiktion kondiziert werden. Bedeutung erhält das Subsidiaritätsdogma in Mehrpersonenverhältnissen. Einen gesetzlichen Anhaltspunkt für das Subsidiaritätsdogma bietet § 816 Abs. 1 S. 1 BGB. Diese Vorschrift schließt einen Durchgriff des Alteigentümers gegen den gutgläubigen Erwerber aus. Das Leistungsverhältnis zwischen unberechtigt Verfügendem und dem gutgläubigen Dritten wird gegen die Nichtleistungskondiktionsansprüche des Alteigentümers abgeschirmt.

#### **5. Kondiktionssperren**

Die §§ 814, 815, 817 S. 2 BGB enthalten Tatbestände, die einen Ausschluss nur der Leistungskonditionen zur Folge haben. Dabei bildet § 814 BGB nur für *condictio indebiti* eine Kondiktionssperre, § 815 BGB ist ausschließlich auf die *condictio ob rem* anwendbar. Die praktisch wichtigste Kondiktionssperre des § 817 S. 2 BGB gilt für alle Fälle der Leistungskondiktion. Hierfür genügt entgegen dem Wortlaut („gleichfalls“), dass nur dem Leistenden ein Gesetzes- oder Sittenverstoß anzulasten ist. Seinem Wortlaut nach bezieht sich § 817 S. 2 BGB zwar nur auf die Fälle des § 817 S. 1 BGB, also auf Sachverhalte, in denen der Empfänger der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt. Das hätte aber zur Folge, dass § 817 S. 2 BGB ausschließlich dem gesetzes- oder sittenwidrig handelnden Empfänger zugute käme, nicht aber einem redlich

Handelnden. Um diesen Wertungswiderspruch zu beseitigen, wird § 817 S. 2 BGB über seinem Wortlaut hinaus angewandt, wenn nur dem Leistenden der Vorwurf der Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit gemacht wird (Musielak, GK BGB, Rdnr. 709).

## 6. Insbesondere: die *condictio indebiti*

Die *condictio indebiti* (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB) setzt dem Grunde nach dreierlei voraus:

- Der Konditionsschuldner muss etwas erlangt haben
- durch Leistung des Kondiktionsgläubigers
- und dies ohne rechtlichen Grund.

### *a. Das Erlangte*

Als Erlangtes kommen zunächst alle dinglichen und persönlichen Rechte in Betracht, wie zB das Eigentum, Pfandrechte, Anwartschaftsrechte. Weiter kann das Erlangte in einer vorteilhaften Rechtsstellung zu finden sein, wie im Besitz oder einer Grundbuchposition. Erlangt sein können aber auch gegenständlich nicht fassbare Vorteile wie vor allem Dienstleistungen oder unkörperliche Nutzungen (zB Gebrauch eines Kfz). Zwar können solche Vorteile nicht herausgegeben werden, doch bleibt dann immer noch der Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB (zum Erlangten: Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rdnr. 673).

### *b. Die Leistung*

Zentraler Begriff der Leistungskondiktion ist die Leistung. Leistung bedeutet nach ständiger neuerer Rechtsprechung die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.

a) Zunächst ist das Bewusstsein erforderlich, fremdes Vermögen zu vermehren. Deshalb leistet jemand nicht, der ein fremdes Pferd füttert in der irrigen Annahme, es sei sein eigenes. Der Handelnde weiß ja gar nicht, dass sein Tun fremden Vermögen zugute kommt (Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rdnr. 635).

b) Schließlich muss mit der Leistung ein bestimmter Zweck verfolgt werden. So leistet zB der Verkäufer bei Erfüllung des Kaufvertrages, um seine Verpflichtung aus § 433 Abs. 1 BGB zu erfüllen. Das Kriterium des Leistungszwecks wird insbesondere bei Mehrpersonenverhältnissen bedeutsam, weil anhand der

Zweckrichtung der Leistung die einzelnen Leistungsbeziehungen bestimmt werden. Die Bestimmung der einzelnen Leistungsbeziehungen hat weit gehende Auswirkungen auf den Bereicherungsausgleich, denn nach der bereits oben aufgestellten Regel kann (bei Mehrpersonenverhältnissen) der Gegenstand einer Leistung grundsätzlich nicht im Wege der Nichtleistungskondition herausverlangt werden (Subsidiarität der Nichtleistungskondition).

**Beispiel** (Musielak, GK BGB, Rdnr. 704): S weist seine Bank B an, an G 2000 € zu zahlen, die er diesem aus einem Kaufvertrag schuldet. Führt die Bank diese Anweisung aus, dann vermehrt sie zwar bewusst das Vermögen des G, verfolgt im Verhältnis zu G aber keinen Leistungszweck. In der tatsächlichen Auszahlung an G ist keine Leistung im Rechtssinne zu verstehen. Vielmehr leistet die Bank an S, da sie mit der Auszahlung an G ihrer Verpflichtung aus ihrer vertraglichen Beziehung (Bankvertrag) zu S nachkommt. Gleichzeitig hat S in seinem Verhältnis zu G (unter Zuhilfenahme der Bank) eine Leistung erbracht mit dem Zweck, seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrag zu erfüllen. Sofern bei diesen Anweisungsfällen Fehler im Deckungsverhältnis (Beziehung S zu seiner Bank) oder im Valutaverhältnis (Beziehung S zu G) auftreten, gilt in ständiger Rechtsprechung folgender Lösungsgrundsatz (BGHZ 111, 382 (385)): Grundsätzlich gilt, „daß sich ein Bereicherungsausgleich in Fällen der Leistung kraft Anweisung grundsätzlich innerhalb des jeweiligen Leistungsverhältnisses vollzieht. Bei Fehlern im Deckungsverhältnis zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen ist der Bereicherungsausgleich deshalb in diesem Verhältnis vorzunehmen. Weist dagegen das Valutaverhältnis zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger Fehler auf, ist der Ausgleich der Bereicherung in diesem Verhältnis abzuwickeln. Allerdings hat der BGH wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass sich bei der bereicherungsrechtlichen Behandlung von Vorgängen, an denen mehr als zwei Personen beteiligt sind, jede schematische Lösung verbietet. Es komme stets auf die Besonderheiten des Einzelfalles an, die für die sachgerechte bereicherungsrechtliche Abwicklung derartiger Vorgänge zu beachten sind (BGHZ 89, 376 (378) = NJW 1984, 1348 = LM § 812 BGB Nr. 168)“.

### *c. Das Fehlen des Rechtsgrundes*

Das dritte Merkmal der *condictio indebiti* ist das Fehlen des rechtlichen Grundes für die Leistung. Der Rechtsgrund fehlt, wenn der Zweck der Leistung, nämlich die Erfüllung einer Verbindlichkeit, fehlschlägt. Das ist zB der Fall, wenn das zugrunde liegende Rechtsverhältnis nichtig ist. Von dem Fall des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 (*condictio ob causam finitam*) unterscheidet sich die *condictio indebiti* dadurch, dass bei ihr der Rechtsgrund von Anfang an fehlt. Unter die *condictio*

indebiti und nicht unter § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB fällt nach herrschender Meinung deshalb auch die Anfechtung des Kausalgeschäfts, weil diese gemäß § 142 Abs. 1 BGB ex-tunc-Wirkung hat (Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994, § 68 I 1 = S. 146).

---

### *III. Der Bereicherungsumfang*

Während die Anspruchsvoraussetzungen in den §§ 812 bis 817, 822 BGB geregelt sind, finden sich Aussagen zu den Rechtsfolgen in den §§ 818 bis 820 BGB.

#### **1. Der Kondiktionsgegenstand**

Primärer Gegenstand der Kondiktion ist das Erlangte. Das folgt schon unmittelbar aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach der Bereicherungsschuldner zur Herausgabe desjenigen verpflichtet wird, was er rechtsgrundlos erlangt hat (heute ganz herrschende Meinung: Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994, § 71 I 1 = S. 254 f.). So ist beim rechtsgrundlosem Erwerb zB das erlangte Eigentum zurückzübereignen, die erlangte Forderung zurückzüübertragen.

Für den Fall, dass die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder der Empfänger aus einem anderen Grund zur Herausgabe außerstande ist, ordnet § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz an. Bei § 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB geht es um sog. ungegenständliche Vorteile (s.o.), wie zB Gebrauchsvorteile, Dienst- oder Werkleistungen. Dabei sieht die heute herrschende Meinung diese Gebrauchsvorteile und Dienstleistungen selbst als das Erlangte an, so dass grundsätzlich ihr Wert zu ersetzen ist (Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994, § 71 I 2 a = S. 255 f.; früher wurde das Erlangte überwiegend in den Vorteilen gesehen, die sich durch den rechtsgrundlosen Erwerb im Vermögen des Schuldners ergaben, insbesondere die Ersparung von Aufwendungen). Nach herrschender Meinung hat die Wertbestimmung bei § 818 Abs. 2 BGB grundsätzlich objektiv zu erfolgen.

§ 818 Abs. 1 BGB erstreckt die Herausgabepflicht auf gezogene Nutzungen und Surrogate: Zunächst sind mit dem Erlangten auch die gezogenen Nutzungen (§ 100 BGB) herauszugeben. Es können allerdings nur tatsächlich gezogene Nutzungen beansprucht werden, dagegen nicht auch solche, die hätten gezogen werden



können (etwas Anderes gilt bei der verschärften Haftung, §§ 819, 818 Abs. 4, 292, 987 Abs. 2 BGB). Ist ein Geldbetrag Bereicherungsgegenstand, kann der Bereicherungsgläubiger also nur dann Zinsen verlangen, wenn der Bereicherungsschuldner auch einen entsprechenden Zinsbetrag erwirtschaftet hat.

Des Weiteren erstreckt § 818 Abs. 1 BGB die Herausgabepflicht auf dasjenige, was der Empfänger aufgrund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt. Aufgrund des erlangten Rechts ist nur erworben, was in bestimmungsgemäßer Ausübung des Rechts erlangt wurde, zB bei Einziehung einer Forderung der Leistungsgegenstand. Nicht hierunter fallen die sog. rechtsgeschäftlichen Surrogate (commodum ex negotiatione), also das, was der Bereicherte durch Rechtsgeschäft (zB durch Verkauf des Erlangten) erwirbt; für diesen Fall der Weiterveräußerung ordnet § 818 Abs. 2 BGB abschließend Wertersatz an. Diese Frage wird relevant, wenn der Verkaufserlös der Sache ihren Wert übersteigt. Dies wird zum einem systematisch begründet: Anders als etwa §§ 2111 Abs. 1 S. 1, 1418 Abs. 1 Nr. 3, 1473 Abs. 1 BGB nennt § 818 Abs. 1 BGB nicht auch das „durch Rechtsgeschäft mit Mitteln des Erlangten Erworbene“. In die gleiche Richtung weist der augenfällige Unterschied in der Formulierung zu § 285 BGB. Zum anderen ist dieses Ergebnis interessengerecht: Denn der rechtsgeschäftliche Gewinn beruht auf der besonderen geschäftlichen Tüchtigkeit des Bereicherungsschuldners; den berechtigten Interessen des Bereicherungsgläubigers kann mit § 818 Abs. 2 Rechnung getragen werden (Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994, § 72 I c = S. 266 f.; kritisch: Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rdnr. 676). Schließlich lässt sich so eine Stufung zwischen gutgläubigem und unverklagtem Bereicherungsschuldner zum bösgläubigen oder verklagten Bereicherungsschuldner erreichen; denn dieser haftet ohnehin gemäß §§ 819, 818 Abs. 4, 285 BGB bzw. nach §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB auf Herausgabe des vollen Gewinns.

## **2. Die besondere Milde des Bereicherungsrechts (§ 818 Abs. 3 BGB) bei der Abschöpfungskondiktion und die verschärfte Haftung im Rahmen der Fremdgeschäftsführungskondiktion**

Nach § 818 Abs. 3 BGB ist die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Das gilt aber nur für den gutgläubigen und unverklagten Bereicherungsschuldner. Für den bösgläubigen oder verklagten Bereicherungsschuldner verweisen §§ 819, 818 Abs. 4 BGB auf die allgemeinen Vorschriften, damit auch über § 292 BGB auf die

§§ 987 ff. BGB. Daraus folgt eine Zweiteilung der bereicherungsrechtlichen Haftungsordnung (die Darstellung folgt im Wesentlichen Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994, § 71 II, III = S. 257 ff.)

*a. Die Milde der Bereicherungshaftung: Die (vermögensorientierte) Abschöpfungskondiktion*

Die Bereicherungshaftung des gutgläubigen Bereicherungsschuldners ist durch ihre besondere Milde - insbesondere durch § 818 Abs. 3 BGB - charakterisiert. Denn während der Herausgabepflichtige nach § 280 Abs. 1 BGB oder den §§ 989 f. BGB für jede verschuldete Unmöglichkeit oder Verschlechterung einzutreten hat, wird er nach § 818 Abs. 3 auch bei Verschulden von seiner bereicherungsrechtlichen Herausgabepflicht frei. § 818 Abs. 3 BGB entbindet den gutgläubigen Bereicherungsschuldner also von jeglichen Sorgfaltspflichten im Umgang mit dem Erlangten. Diese Besserstellung wird dadurch verstärkt, dass Bösgläubigkeit gemäß § 819 Abs. 1 BGB positive Kenntnis vom Mangel des rechtlichen Grundes voraussetzt. Fahrlässige Unkenntnis, selbst grobe Fahrlässigkeit schadet nicht. Auch hinsichtlich der bereicherungsrechtlichen Sekundäransprüche ist der Bereicherungsschuldner privilegiert. Er hat nach § 818 Abs. 1 BGB nur die tatsächlich gezogenen Nutzungen herauszugeben, während der bösgläubige oder verklagte Bereicherungsschuldner auch für die ordnungswidrig unterlassene Nutzziehung haftet, § 987 Abs. 2 BGB (iVm §§ 819, 818 Abs. 4, 292 BGB). Die Pflicht aus § 818 Abs. 1 BGB zur Herausgabe von Surrogaten erfasst auch nicht das *commodum ex negotiatione*, während dies über §§ 819, 818 Abs. 4 BGB iVm § 285 BGB als „allgemeine Vorschrift“ herauszugeben ist. Aufwendungen kann der Bereicherungsschuldner gemäß § 818 Abs. 3 BGB bereicherungsmildernd geltend machen, während dies dem verschärft Haftenden nur in den engen Grenzen des § 994 BGB (iVm §§ 818 Abs. 4, 292 BGB) möglich ist. Der Bereicherungsschuldner, der weder verklagt noch bösgläubig ist, kann mit dem Erlangten nach Belieben verfahren und braucht nur herauszugeben, was noch vorhanden ist - sei es in Natur oder in Form einer sonstigen Mehrung seines Vermögens (zB. Ersparung von Aufwendungen). Es geht somit um die bloße Abschöpfung einer noch vorhandenen Bereicherung (Abschöpfungskondiktion).

*b. Die verschärfte Haftung: Die verhaltensbezogene Fremdgeschäftsführungskondiktion*

Kennt der Bereicherungsschuldner den Mangel des rechtlichen Grundes, so haftet er gemäß §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 989 BGB auf Schadensersatz;

grundsätzlich nur bei Verschulden und nicht auch für Zufall, wie sich eindeutig aus § 989 BGB ergibt. Kennt der Bereicherungsschuldner die Rechtsgrundlosigkeit seines Erwerbs (§ 819 Abs.1 BGB), muss er das Erlangte wie einen fremden Gegenstand behandeln. Die Parallele zu § 687 Abs. 2 BGB ist deutlich. Gleiches gilt für die Haftungsverschärfung gemäß § 818 Abs. 4 BGB: Die Klageerhebung ist ein deutliches Warnsignal. Der Beklagte soll sich vorsorglich vom Streitbeginn an als Verwahrer und Verwalter fremden Gutes betrachten (deshalb: Fremdgeschäftsführungskondition). Die Haftungsverschärfung beinhaltet nicht nur die Pflicht zum Schadensersatz. Für nicht gezogene Nutzungen haftet er gemäß § 987 Abs. 2 BGB, Verwendungen kann er nur noch im engen Rahmen des § 994 Abs. 2 BGB geltend machen, das *commodum ex negotiatione* hat er gemäß § 285 BGB herauszugeben.

Selbstverständlich kann der Bereicherungsgläubiger statt der Ansprüche aus §§ 818 Abs. 4, 819 BGB auch die Abschöpfungskondition geltend machen, denn es besteht nicht der geringste Anlass den bösgläubigen und den verklagten Bereicherungsschuldner insoweit besser zu behandeln, als den gutgläubigen unverklagten. Dabei ist dem bösgläubigen und verklagten Bereicherungsschuldner die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung versagt (vgl. Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994, § 71 II 2 c = S. 259 f., der diesen Fall der Verwehrung der Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB als dritten Haftungstyp neben Abschöpfungs- und Fremdgeschäftsführungskondition behandelt: sog. quasi-kontraktliche Kondition).

---

#### *IV. Der Bereicherungsausgleich bei gegenseitigen Verträgen: Saldotheorie und Gegenleistungskondition*

Obwohl die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge zu den vorrangigsten Aufgaben des Bereicherungsrechts gehört, ist die gesetzliche Regelung auf diese Problematik nicht hinreichend abgestimmt. Brennpunkt der Problematik ist dabei die weitreichende Entlastung des gutgläubigen Bereicherungsschuldners durch § 818 Abs. 3 BGB.

## 1. Zweikondiktionentheorie und Saldotheorie

**Beispielfall:** K kauft von V einen Pkw zum Preis von 50.000. Die wechselseitigen Leistungen werden erbracht. Kurz darauf geht der Wagen durch Zufall unter. Jetzt stellt sich die anfängliche Nichtigkeit des Kaufvertrages heraus.

Wendet man das Gesetz auf diesen Sachverhalt unbefangen an, stellt sich die Rechtslage wie folgt dar: V könnte einen Anspruch gegen K aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB haben. Wegen der Nichtigkeit des Vertrages ist zunächst der Wagen herauszugeben und zurückzüübereignen. Da dies nicht mehr möglich ist, ist grundsätzlich gemäß § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten. K ist aber gemäß § 818 Abs. 3 BGB entreichert, da kein Wert mehr in seinem Vermögen vorhanden ist. K hat V nichts herauszugeben. Umgekehrt kann aber K von V die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen, da V seinerseits nicht entreichert ist. Dies ist in der Tat das Ergebnis der Zweikondiktionentheorie, nach der das Schicksal des einen Anspruchs nicht durch das des anderen Anspruchs beeinflusst wird. Die wechselseitigen Kondiktionsansprüche stehen isoliert nebeneinander. Nach dieser Lösung müsste also V den Kaufpreis zurückzahlen, obwohl er selbst nichts mehr verlangen könnte (vgl. die Darstellung bei Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rdnr. 692).

Zur Vermeidung dieser Konsequenz wurde die Saldotheorie entwickelt. Sie geht davon aus, dass sich die wechselseitige Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung des gegenseitigen Vertrages auch bei der Rückabwicklung des Vertrages auswirken müsse (sog. faktisches Synallagma). Danach gilt: Stehen sich gleichartige Rückabwicklungsgegenstände gegenüber, besteht von vorneherein nur ein einziger Bereicherungsanspruch, nämlich auf den Saldo bei demjenigen, der nach der Saldierung noch bereichert ist. Für den Fall, dass eine Seite entreichert ist, folgt daraus, dass der Wert der Entreichering zum Abzugsposten beim Bereicherungsanspruch des Entreicherten wird. Im Ergebnis bedeutet die Saldotheorie eine Einschränkung des § 818 Abs. 3 BGB (Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rdnr. 693; derselbe, Bürgerliches Recht, Rdnr. 225). V darf also den Betrag, um den K entreichert ist, von seiner Bereicherungsverbindlichkeit abziehen. War die Kaufsache ihren Preis wert, braucht V nichts zurückzuzahlen. Stehen sich zwei ungleichartige Ansprüche gegenüber, findet eine Saldierung nicht statt, es bleibt bei zwei Bereicherungsansprüchen. Aber auch hier wirkt sich die Saldotheorie aus: Die Herausgabe des einen Gegenstandes kann von vorneherein nur Zug um Zug gegen Herausgabe des anderen verlangt werden, ohne dass dazu die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts erforderlich wäre (BGH, NJW 1988, 3011). Dies muss der Bereicherungsgläubiger bereits in seinem Klageantrag berücksichtigen, wenn er eine Klageabweisung vermeiden will.

Doch hat die Saldotheorie so ihre Schwächen: Denn nach herrschender Meinung begründet sie immer nur einen Abzug, nie aber einen selbständigen Anspruch. Der Verkäufer darf also vom Käufer nicht etwa den überschießenden Betrag verlangen, um den der Wert der Kaufsache den Kaufpreis überstiegen hat. Völlig versagt die Saldotheorie bei Vorleistungen: Hat der Verkäufer den Kaufpreis gestundet, so kann er diesen nicht verlangen, obwohl die Sache beim Käufer ersatzlos untergegangen ist, denn nach der Saldotheorie wäre der Wert der Entreicherung Abzugsposten des Bereicherungsanspruchs des Käufers. Da dieser aber mangels erbrachter Leistung keinen Bereicherungsanspruch hat, kann die Saldotheorie nicht helfen (Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rdnr. 693).

Schließlich wird die Saldotheorie für bestimmte Fallkonstellationen durchbrochen, die der Anwendung der Zweikondiktionentheorie bedürfen. Aus diesem Grund ist insbesondere anerkannt, dass die Saldotheorie niemals zu Lasten eines Minderjährigen oder Geschäftsunfähigen zur Anwendung kommen kann, weil dies zur Folge hätte, dass die durch die §§ 104 ff. BGB geschützte Person entgegen der dortigen Wertung faktisch am Vertrag fest gehalten würde. Auch wird in den Fällen der arglistigen Täuschung durch den Verkäufer ausnahmsweise die Zweikondiktionentheorie und nicht die Saldotheorie angewandt. Der arglistig getäuschte Käufer kann also den Kaufpreis zurückverlangen, ohne sich seine Entreicherung entgegenhalten lassen zu müssen (BGHZ 53, 144; BGHZ 57, 137 (146 ff.)).

## 2. Die Gegenleistungskondiktion

Gerade hinsichtlich der Schwächen der Saldotheorie, insbesondere hinsichtlich der Vorleistungsfälle, hat Canaris einen eigenständigen Ansatz zur Bewältigung der Probleme des Bereicherungsausgleichs bei gegenseitigen Verträgen herausgearbeitet. Dabei differenziert er, je nachdem ob die Entreicherung zufällig oder aber dem Entreicherten zurechenbar ist.

### *a. Die grundsätzliche Unanwendbarkeit des § 818 Abs. 3 BGB bei Zurechenbarkeit der Entreicherung*

Canaris stellt die Frage voran, warum die Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB unangemessen erscheint, wenn der Verkäufer den Kondiktionsgegenstand verschenkt oder zerstört hat, warum also das Ergebnis der Zweikondiktionentheorie unangebracht ist, dem Käufer zwar einen Anspruch aus § 812 BGB zuzugestehen, dem Verkäufer aber einen Gegenanspruch zu versagen, wenn sich der Käufer auf Entreicherung beruft. Die Lösung muss bei § 818 Abs. 3

BGB ansetzen. Wie bereits deutlich geworden ist, liegt der Sinn dieser Vorschrift darin, den guten Glauben des Bereicherungsschuldners an die Wirksamkeit seines Erwerbs zu schützen. Dieser Glaube umfasst bei gegenseitigen Verträgen aber auch immer das Bewusstsein, die eigene Leistung verloren zu haben. Nur in diesem Bewusstsein, seine eigene Leistung weggegeben zu haben, darf sich der Bereicherungsschuldner befugt fühlen, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, sie zu zerstören oder zu verschenken. Verschenkt er zB die Sache, so steht ihm der Schutz aus § 818 Abs. 3 BGB nicht mehr zu, denn seiner Bewusstseinslage entspricht nunmehr die Möglichkeit eines doppelten Verlustes: einerseits die von ihm als selbstverständlich angesehene Einbuße des Kaufpreises, zum anderen der Verlust der Sache.

Die ratio des § 818 Abs. 3 BGB verlangt, dem Schuldner in Fällen der zurechenbaren Entreichung den Schutz dieser Vorschrift zu versagen. Auch verlangt die Parallele zu § 346 Abs. 2 Nrn. 2, 3, Abs. 3 Nr. 3 BGB ein Zurückdrängen des § 818 Abs. 3 BGB, um einen schweren Wertungswiderspruch zu vermeiden: Beim gesetzlichen Rücktritt gemäß §§ 323, 326 Abs. 5 BGB (ggf. i.V.m. § 437 Nr. 2 BGB) muss der Rückgewährschuldner gemäß §§ 346 Abs. 2 Nrn. 2, 3, Abs. 3 Nr. 3 BGB jeweils statt der Rückgewähr Wertersatz leisten, wenn die Sache verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet, umgestaltet, verschlechtert oder untergegangen ist und die Verschlechterung oder der Untergang beim Berechtigten deshalb eingetreten ist, weil er auch diejenige Sorgfalt nicht beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Der methodische Weg, dieses Ziel zu erreichen, liegt in der teleologischen Reduktion von § 818 Abs. 3 BGB. Dogmatisch hat dieses Vorgehen im Vergleich zur Saldotheorie weit reichende Auswirkungen. Übereinstimmend mit der Zweikondiktionentheorie bleiben zwei gegenläufige Bereicherungsansprüche bestehen, so dass im obigen Beispielfall der Käufer einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises hat und dem Verkäufer ein Anspruch auf Wertersatz gemäß §§ 812, 818 Abs. 2 BGB zusteht, gegenüber dem sich der Käufer nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann (dann aber § 348 BGB analog, sodass Unterschiede zur Saldotheorie meist nur marginal sind).

Ein gravierender Unterschied ergibt sich in den bereits erwähnten Vorleistungsfällen: Nach der Konstruktion von Canaris hat der Verkäufer einen Wertersatzanspruch aus §§ 812, 818 Abs. 2 BGB. Dem Käufer steht der Einwand aus § 818 Abs. 3 BGB nicht zu, denn er durfte sich zum Umgang mit der Sache nur im Glauben an die Bestandskraft des Vertrags befugt sehen und ging daher von einer eigenen Zahlungspflicht aus, so dass er keines Vertrauensschutzes gemäß § 818 Abs. 3 BGB bedarf (Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994, § 73 III 2 = S. 323 ff.).

*b. Die Entlastung des Bereicherungsschuldners vom Risiko einer zufallsbedingten Entreicherung*

Anders ist nach Canaris die Lage bei der zufälligen Entreicherung. Hier spielt zum einen das Bewusstsein der Bereicherungsschuldner, seine eigene Leistung endgültig verloren zu haben und zugleich das Erlangte aufs Spiel zu setzen, keine Rolle, zum anderen weist die Vorschrift des § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB das Zufallsrisiko in den Fällen des gesetzlichen Rücktritts nicht dem Berechtigten sondern dem anderen Teil zu. Diese Wertung müsse auch bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung gegenseitiger Verträge rezipiert werden. Ficht der Käufer zB wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 BGB an und ist die Sache bei ihm durch Zufall untergegangen, so darf er nicht schlechter stehen als bei einem Sachmangel der §§ 434 ff. BGB, wo er gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 bzw. 326 Abs. 5, 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB die Zufallsgefahr nicht trägt (Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994, § 73 III 3 a = S. 327; vgl. zu den Auswirkungen der Reform des Rücktrittsfolgenrechts auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung: Schulze, in: Handkommentar zum BGB, § 346 Rdnr. 2, der zu Recht darauf hinweist, dass die Folgen der Schuldrechtsmodernisierung für das Bereicherungsrecht noch ungeklärt sind; siehe zur Vertiefung Bockholdt, Die Übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, AcP 206 (2006), 769).

*c. Zurechnungsmängel und vorrangige gesetzliche Schutzzwecke*

Die teleologische Reduktion des § 818 Abs. 3 BGB kommt nach Canaris nur in Betracht, wenn dem Bereicherungsschuldner der Wegfall der Bereicherung zurechenbar ist. Dies verlangt Zurechnungsfähigkeit, die sich in Analogie zu den §§ 104 ff. BGB bestimmt. Der Bereicherungsschuldner kann sich also bei Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit uneingeschränkt auf § 818 Abs. 3 BGB berufen. Insoweit besteht Übereinstimmung mit den Verfechtern der Saldotheorie. Desweiteren soll auch der arglistig getäuschte Käufer sich bei einer Anfechtung gemäß § 123 BGB auf den Einwand des § 818 Abs. 3 BGB berufen können (Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994, § 73 III 5 = S. 329 ff.).

*d. Restfunktion des § 818 Abs. 3 BGB als vertrauensrechtliche Opfergrenze*

Zwar nimmt Canaris eine weit gehende teleologische Reduktion des § 818 Abs. 3 BGB vor, doch belässt er ihm eine gewisse Restfunktion. Der gutgläubige

Bereicherungsschuldner geht zwar vom Verlust seiner eigenen Leistung aus, aber eben auch nur von dieser. Daher wird seine Wertersatzpflicht bei Untergang des Kondiktionsgegenstandes der Höhe nach durch die eigene Leistung begrenzt. War zB der Wert der rechtsgrundlos erlangten Leistung höher als die vertraglich vereinbarte Gegenleistung, so braucht der Käufer nicht diese Differenz zu zahlen. Dasselbe gilt hinsichtlich des Kaufpreises zugunsten des Verkäufers, wenn der Kaufpreis über dem Wert der Sache lag. Insoweit ist der Sachwert die Opfergrenze (Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage, 1994, § 73 III 6 a = S. 332).



---

## 1. Überblick

Sowohl Rechte wie auch Pflichten aus dem Schuldverhältnis können auf andere Personen übergehen. Bei dem Übergang von Rechten handelt es sich um einen Gläubiger-, beim Übergang von Pflichten um einen Schuldnerwechsel.

Ein **Gläubigerwechsel** kann auf drei verschiedene Arten stattfinden:

- durch ein **Rechtsgeschäft** zwischen altem und neuem Gläubiger. Dieses Rechtsgeschäft wird Abtretung genannt und ist in den §§ 398 ff. BGB geregelt. Sie wird unten näher erläutert.
- durch **gesetzlichen Forderungsübergang** (cessio legis). Auf einen solchen gesetzlichen Forderungsübergang finden gemäß § 412 BGB einige Normen des Abtretungsrechts entsprechende Anwendung. Beispiele für gesetzliche Forderungsübergänge finden sich sowohl im BGB (u.a. etwa in §§ 426 Abs. 2, 774 Abs. 1) wie auch in anderen Gesetzen (wichtig z.B. § 86 VVG und § 116 SGB X im Versicherungsrecht).
- durch **staatlichen Hoheitsakt**. Beispielsweise kann in der Zwangsvollstreckung eine gepfändete Forderung des Vollstreckungsschuldners (durch Überweisung an Zahlungen statt) dem Vollstreckungsgläubiger übertragen werden (§ 835 Abs. 1 Alt. 2 ZPO; §§ 835 Abs. 2, 3 i.V.m. 829 Abs. 3 ZPO).

Ein **Schuldnerwechsel** ist durch **Schuldübernahme** möglich, die sowohl durch Vertrag zwischen Gläubiger und Neuschuldner wie durch Vertrag zwischen Alt- und Neuschuldner (dem allerdings der Gläubiger zustimmen muss) vereinbart werden kann.

Die genannten Institute befassen sich allesamt mit dem Übergang einzelner Rechte bzw. Pflichten aus einem Schuldverhältnis. Daneben ist aber auch eine so genannte **Vertragsübernahme** und zwar sowohl durch Rechtsgeschäft wie durch Gesetz möglich. Hier wird eine Partei eines Vertragsverhältnisses ausgewechselt und zwar hinsichtlich aller Rechte und Pflichten. Bei einer rechtsgeschäftlichen Vertragsübernahme müssen alle drei Beteiligten mitwirken. Bei der gesetzlichen Vertragsübernahme (vgl. §§ 566 Abs. 1, 613a Abs. 1, 1251 Abs. 2 BGB) tritt der Parteiwechsel kraft Gesetzes ein.

Noch weitergehend ist der Übergang von Rechten und Pflichten bei der **Gesamtrechtsnachfolge** (Universalsukzession). Unter einer Gesamtrechtsfolge ist der unmittelbare Übergang eines Vermögens mit allen Rechten und Pflichten auf den Gesamtrechtsnachfolger, der damit völlig in die Stellung seines Rechtsvorgängers eintritt, zu verstehen. Wichtigste Fälle der Universalsukzession sind der Erbfall und die Umwandlung von Kapitalgesellschaften. Die Universalsukzession wird im Folgenden nicht näher behandelt.

## **2. Abtretung**

Die Abtretung (Zession) nach § 398 BGB ist ein schuldrechtlicher Vertrag, der keine verpflichtende Wirkung hat, sondern die Forderung direkt vom alten Gläubiger (Zedent) auf den neuen Gläubiger (Zessionar) übergehen lässt. Es handelt sich somit um ein **Verfügungsgeschäft**. Nach dem Abstraktionsprinzip ist die Gültigkeit der Abtretung unabhängig von der Gültigkeit des zu Grunde liegenden Kausalgeschäfts (z.B. eines Forderungskaufs). Ist Letzteres unwirksam, so kann der Zedent jedoch die Rückabtretung nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung verlangen (§§ 812 ff. BGB).

### *a. Voraussetzungen*

Der wirksame Übergang einer Forderung von Zedent auf Zessionar ist an folgende Voraussetzungen gebunden:

- wirksamer Abtretungsvertrag,
- Bestehen der Forderung des Zedenten,

- 
- Bestimmtheit der Forderung,
  - Übertragbarkeit der Forderung.

#### *i. Abtretungsvertrag*

Der **Abtretungsvertrag** erfordert eine **Einigung des Zedenten und des Zessionars** des Inhalts, dass die Forderung auf Letzteren übergehen soll. Die Vereinbarung erfordert keine Mitwirkung des Schuldners. Ihm muss die Abtretung nicht einmal mitgeteilt werden. Wird die Abtretung dem Schuldner nicht mitgeteilt, spricht man von einer „stillen Zession“.

Die Vereinbarung kann regelmäßig formfrei geschlossen werden und zwar auch dann, wenn die Forderung aus einem formbedürftigen Rechtsgeschäft stammt (z.B. aus einem Grundstücksverkauf). Auch eine Abtretung durch schlüssiges Verhalten ist möglich. Teilweise sind vom Grundsatz der Formfreiheit jedoch Ausnahmen normiert (Beispiel: § 1154 BGB für die Abtretung einer durch Hypothek gesicherten Forderung).

#### *ii. Bestehen der Forderung*

Weitere Voraussetzung der Abtretung ist das **Bestehen der Forderung** in dem Zeitpunkt, in welchem die Forderung übergehen soll. Darüber hinaus muss der Zedent auch **Inhaber der Forderung** sein. Ein gutgläubiger Erwerb einer Forderung ist grundsätzlich nicht möglich, wie das Fehlen von Normierungen, die den §§ 932 ff., 892 BGB vergleichbar sind, zeigt.

**Beispiel:** Der mittellose A erzählt dem gutgläubigen B, dem er 500,00 Euro schuldet, dass er eine Forderung gegen den reichen S i.H.v. 1.000,00 Euro habe. A und B einigen sich darauf, dass A dem B die Forderung gegen Reich an Erfüllung statt (§ 364 BGB) abtritt. In Wahrheit hat A nie eine Forderung gegen S besessen.

Hier hat B durch die Abtretung keine Forderung gegen S erlangt. Dementsprechend ist auch die Forderung des B gegen A nicht erloschen.

Der Grund dafür, dass das Gesetz einen gutgläubigen Erwerb von Forderungen nicht zulässt, liegt darin, dass bei Forderungen in der Regel ein Rechtsscheinsträger fehlt, an den sich der gute Glaube anknüpfen darf. Beim gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen darf der Erwerber an die Berechtigung des Veräußernden glauben, weil dieser ihm Besitz verschafft. Beim gutgläubigen Erwerb von unbeweglichen Sachen darf der Erwerber auf die

Richtigkeit des Grundbuchs vertrauen. Die Forderung dagegen ist in der Regel nicht fassbar.

Besonderheiten gelten im Wertpapierrecht sowie auf Grund des öffentlichen Glaubens des Erbscheins (§ 2366 BGB). Hier stellen die Papiere teilweise ausreichende Rechtsscheinsträger dar. Weiterhin ist § 405 BGB zu beachten, wenn der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausstellt.

*iii. Bestimmtheit*

Die abzutretende Forderung muss, wie jeder Gegenstand einer Verfügung, **bestimmt oder bestimmbar** sein (**Spezialitätsgrundsatz**). Es liegt im Interesse des Rechtsverkehrs, dass bei jeder Zuordnungsänderung deutlich ist, auf was sie sich bezieht. Es muss erkennbar sein, wem was gehört.

Besondere Bedeutung erlangt das Erfordernis der Bestimmbarkeit etwa bei **Abtretungen künftiger Forderungen (sog. Vorausabtretungen)**. Derartige Vorausabtretungen sind grundsätzlich zulässig, wie ein Erst-Recht-Schluss aus § 185 Abs. 2 BGB belegt. Wirksam wird die Vorausabtretung aber erst mit Entstehen der abgetretenen Forderung.

Nicht nur die Forderung, sondern auch das Rechtsverhältnis, aus dem sich die Forderung ergeben soll, braucht bei der Abtretungsvereinbarung noch nicht zu bestehen. Erforderlich ist dann allerdings, dass die Forderung schon bestimmbar ist und das Entstehen zumindest möglich erscheint. Die Bestimmbarkeit der künftigen Forderung setzt dabei voraus, dass sie so gekennzeichnet ist, dass sie spätestens im Zeitpunkt ihres Entstehens nach Gegenstand und Umfang individualisierbar ist.

**Beispiel:** A nimmt bei einer Bank einen Kredit auf. Zur Sicherheit tritt er der Bank die Forderung aus dem künftigen Verkauf seines einzigen Hausgrundstücks ab.

Die abgetretene künftige Forderung ist nach Gegenstand (Kaufpreisforderung aus einem Kaufvertrag über ein bestimmtes Objekt) und Umfang (gesamte Kaufpreisforderung) bestimmbar. Der Bestimmtheitsgrundsatz steht also der Wirksamkeit der Abtretung nicht entgegen.

Anders wäre zu entscheiden, wenn A mit Immobilien handeln würde und eine Forderung aus einem zukünftigen Hausverkauf abtreten würde. Hier ist nicht bestimmbar, welche Forderung aus welchem Verkauf gemeint ist. Diese Abtretung wäre somit unwirksam.

---

Eine besondere Art der Vorausabtretung findet sich beim so genannten verlängerten Eigentumsvorbehalt. Auf die sich dabei stellenden Fragen soll jedoch im vorliegenden Rahmen nicht näher eingegangen werden.

Weiterhin ist der Spezialitätsgrundsatz bei **Abtretungen von Forderungsmehrheiten** insbesondere bei so genannten **Globalzessionen**, bei denen alle (künftigen) Forderungen aus einem Geschäftsbetrieb übertragen werden, besonders zu beachten.

**Beispiel:** Fabrikant F tritt der Bank zur Sicherung eines Kredits „alle bestehenden und künftigen Forderungen aus den Verkäufen der von mir hergestellten Waren“ ab.

Hier sind die Forderungen ohne Weiteres bestimmbar. Probleme mit der Wirksamkeit der Abtretung können sich jedoch aus dem Gesichtspunkt der Übersicherung nach § 138 BGB ergeben. Diese beiden Fragen sind jedoch streng zu trennen.

Letztlich kommt dem Bestimmtheitsgrundsatz noch bei der **Abtretung aus Forderungsmehrheiten** besondere Bedeutung zu.

**Beispiel:** Tante Emma tritt „eine meiner Forderungen gegen meinen Kunden König“ an Dritt ab. Der Kunde König kauft regelmäßig bei Tante Emma ein und schreibt jedes Mal an. Hier handelt es sich um eine Abtretung aus einer Forderungsmehrheit, denn Tante Emma hat mehrere Forderungen aus mehreren Kaufverträgen gegen König. Es ist jedoch nicht bestimmbar, welche Forderung gegen den Kunden gemeint ist. Soweit sich eine Bestimmbarkeit nicht durch Auslegung anhand sonstiger Vertragsumstände ergibt, ist die genannte Abtretung somit mangels Bestimmbarkeit des Verfügungsgegenstandes unwirksam.

#### *iv. Übertragbarkeit*

Weitere Voraussetzung der wirksamen Abtretung ist, dass die Forderung **übertragbar** ist. Dies ist in der Regel der Fall. Ausnahmen bestehen dann, wenn vertragliche oder gesetzliche Abtretungsverbote eingreifen. Solche **Abtretungsverbote** sind in den §§ 399, 400 BGB und in einzelnen Spezialvorschriften geregelt.

Nach § 399 Alt. 1 BGB kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann. Beispiel: Höchstpönliche Ansprüche auf Erfüllung bestimmter familienrechtlicher Pflichten, wie etwa die Dienstleistungspflicht der Kinder nach § 1619 BGB.

Gemäß § 399 Alt. 2 BGB kann die Abtretung auch durch eine entsprechende Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen sein. Ein solches vertragliches Abtretungsverbot kann jedoch ausnahmsweise unter den Voraussetzungen des § 405 Alt. 2 BGB durch guten Glauben des Erwerbers überwunden werden.

Weiter normiert § 400 BGB, dass unpfändbare Forderungen nicht abgetreten werden können. Unpfändbar sind bestimmte Forderungen auf Arbeitsentgelt, §§ 850 ff. ZPO. Der Pfändungsschutz der §§ 850 ff. ZPO soll sichern, dass dem Schuldner das zum Leben Notwendige auch in der Zwangsvollstreckung erhalten bleibt. Dies dient zum einem dem Schuldner selbst. Zum anderen dient es aber auch der Gemeinschaft, die für den Unterhalt des Schuldners aufkommen müsste, wenn dessen gesamtes Einkommen pfändbar wäre. Da die Schutzvorschriften somit auch der Allgemeinheit dienen, soll der Arbeitnehmer auf den Pfändungsschutz nicht wirksam verzichten und der Schutz auch nicht durch eine Abtretung umgangen werden können .

Letztlich finden sich noch **weitere Abtretungsverbote** über das BGB verteilt. So sind etwa die Ansprüche gegen den Dienstleistungsverpflichteten bzw. gegen den Auftragnehmer im Zweifel nicht übertragbar (vgl. § 613 S. 2 BGB bzw. § 664 Abs. 2 BGB).

### *b. Rechtsfolgen der Abtretung*

Durch die Abtretung tritt der neue Gläubiger bzgl. der abgetretenen Forderung an die Stelle des bisherigen Gläubigers (§ 398 S. 2 BGB). Die Forderung geht so über, wie sie im Zeitpunkt der Abtretung besteht, mit allen Vorzügen (§ 401 BGB) und Schwächen (§§ 404 bis 407 BGB). Nur der Gläubiger wechselt, die Forderung bleibt grundsätzlich dieselbe.

Insbesondere kann der Schuldner gemäß § 404 BGB dem neuen Gläubiger alle Einwendungen entgegen halten, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Der Zweck der Regelung liegt auf der Hand: Der Schuldner soll nicht durch eine Vereinbarung benachteiligt werden, an der er selbst nicht beteiligt ist. Der Begriff der Einwendung ist dabei nach herrschender Meinung im weitesten Sinne zu verstehen und umfasst nicht nur die Einwendungen i.e.S. (also die rechtshindernden und die rechtsvernichtenden Gegenrechte, die zum Nichtentstehen bzw. zum Untergang der Forderung führen), sondern auch die Einreden (also diejenigen Gegenrechte, die die Forderung zwar bestehen lassen, ihre Durchsetzbarkeit aber hemmen).

---

**Beispiel:** A tritt dem B eine Forderung ab, der die Einrede der Verjährung (§ 214 Abs. 1 BGB) entgegensteht.

Hier ist der Schuldner der Forderung berechtigt, auch B gegenüber die Leistung zu verweigern. Wäre dies nicht der Fall, so könnte A durch ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten (B) die Verjährung der Forderung „aushebeln“.

Dabei verlangt die Voraussetzung „zur Zeit der Abtretung begründet“ nicht, dass schon alle Tatbestandsvoraussetzungen des betreffenden Gegenrechts zum Zeitpunkt der Abtretung voll erfüllt sein müssen. Maßgeblich ist vielmehr, dass der Grund des Gegenrechts zum Zeitpunkt der Abtretung schon besteht. So muss sich der neue Gläubiger auch eine nach der Abtretung erfolgte Anfechtung des Schuldners entgegen halten lassen. Gleiches gilt für einen Rücktritt.

**Beispiel:** V verkauft dem K ein Auto zum Preis von 10.000 € und tritt die Kaufpreisforderung an D ab. Danach ficht K den Vertrag wirksam wegen Irrtums an. Fordert nunmehr der D den K zur Zahlung des Kaufpreises auf, kann der K dem D entgegenhalten, dass die Forderung gemäß § 142 Abs. 1 BGB erloschen sei, obwohl im Abtretungszeitpunkt eine Tatbestandsvoraussetzung des § 142 Abs. 1 BGB, nämlich die erfolgte Anfechtungserklärung, noch fehlte.

Adressat der Gestaltungserklärung des Schuldners bleibt nach herrschender Meinung der Zedent, denn die Gestaltungserklärung hat Auswirkungen auf das gesamte Schuldverhältnis im weiteren Sinne, dessen Parteien immer noch Zedent und Schuldner sind. Eine Gegenauffassung will dem Schuldner ein Wahlrecht hinsichtlich des Adressaten der Gestaltungserklärung zubilligen, es dem Schuldner also ermöglichen, das Gestaltungsrecht gegenüber Zedent oder Zessionar auszuüben.

Der Schuldner kann sich nicht nur auf Einreden und Einwendungen gegen die abgetretene Forderung, sondern daneben auch auf die Unwirksamkeit der Abtretung selbst berufen, wenn der Zessionar von ihm Erfüllung verlangt.

**Beispiel:** Der geschäftsunfähige A tritt dem B eine Forderung gegen C ab. B verlangt von C Leistung. C kann sich gegenüber B darauf berufen, dass die Abtretung gemäß § 105 Abs. 1 BGB unwirksam und der B somit nicht Gläubiger der Forderung ist.

Allerdings kann er sich nicht auf die Unwirksamkeit der Abtretung zu Grunde liegenden Kausalverhältnisses zwischen Zedent und Zessionar berufen, denn dieses wirkt nur relativ zwischen den Parteien.

**Beispiel:** V verkauft dem K eine Forderung gegen S. V und K einigen sich über die Abtretung. Danach ficht V den Forderungskauf wirksam wegen Irrtums an. K verlangt nunmehr Zahlung von S. Hier kann sich S gegenüber dem Begehren des K nicht mit der Begründung verteidigen, dass der Forderungskauf unwirksam war, denn diese Unwirksamkeit betrifft nur das zwischen V und K bestehende Kausalverhältnis und nicht die daraufhin erfolgte Verfügung. S muss somit an K leisten und wird durch diese Leistung nach § 362 Abs. 1 BGB von seiner Schuld befreit.

V kann allerdings gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB von K die Rückübertragung der Forderung verlangen. Hat S schon an K geleistet und ist die Forderung somit gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen, kann V von K Herausgabe desjenigen, was K durch die Leistung des S erlangt hat, gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1 BGB verlangen.

Mit der Forderung gehen auch die in § 401 Abs. 1 BGB genannten Sicherungsrechte über.

Die Norm nennt nur akzessorische Sicherungsrechte, d.h. Sicherungsrechte, die in Bestand und Inhalt von der gesicherten Forderung abhängig sind. Die Regelung wird entsprechend auf andere akzessorische Rechte, wie etwa die Rechte aus einer Vormerkung (§§ 883 ff. BGB) angewandt. Nicht akzessorische Sicherungsrechte, wie etwa der Eigentumsvorbehalt und das Sicherungseigentum gehen hingegen nicht automatisch mit über. Bzgl. dieser Rechte ist eine gesonderte Verfügung erforderlich, wenn ein Übergang von den Parteien gewollt ist.

Weiter gehen auch Vorzugsrechte für Zwangsvollstreckung und Insolvenz mit der Forderung über, § 401 Abs. 2.

Der bisherige Gläubiger ist nach der Abtretung nicht mehr Inhaber der Forderung und kann somit über sie nicht mehr verfügen. Folglich ist eine zweite von ihm vorgenommene Zession unwirksam. Es gilt der Grundsatz der Priorität.

**Beispiel:** A tritt seine Forderung gegen B zunächst an C und dann am nächsten Tag an D ab. Ist die erste Abtretung an C wirksam, so erwirbt nur dieser die Forderung. D kann dann nur noch Schadensersatzansprüche aus dem der Abtretung zu Grunde liegenden Kausalverhältnis geltend machen. Etwas anderes gilt, wenn die erste Abtretung - etwa auf Grund eines Dissens - unwirksam war. Dann ist die zweite Abtretung wirksam und nur D erwirbt die Forderung.

Bei Vorausabtretungen kann der Grundsatz der Priorität nicht ohne Weiteres gelten. Das Recht selbst geht bei einer Vorausabtretung frühestens mit seinem Entstehen



---

über. Bei mehreren Vorausabtretungen an verschiedene Personen entfalten die verschiedenen Abtretungen somit alle im selben Moment ihre Wirkung und die spätere Abtretung ist nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass der Zedent über die Forderung nicht mehr Verfügungsberechtigt war. Hier nimmt die herrschende Meinung dennoch an, dass die erste Verfügung gilt. Stützen lässt sich diese Auffassung mit einem Verweis auf den Rechtsgedanken des (unmittelbar nicht anwendbaren) § 185 Abs. 2 S. 2 BGB.

Zu beachten ist hinsichtlich der Wirkungen der Abtretung stets, dass nur die einzelne Forderung und nicht das ganze Schuldverhältnis i.w.S. übergeht. So verbleiben vertragliche Rücktritts- oder Kündigungsrechte, die das gesamte Schuldverhältnis betreffen, grundsätzlich beim alten Gläubiger. Gleiches gilt für die Einrede des § 320 BGB beim gegenseitigen Vertrag. Hier zeigt sich deutlich der Unterschied zur Vertragsübernahme.

**Beispiel:** V und K schließen einen Kaufvertrag über eine Uhr zum Preis von 1.000 Euro. V tritt die Kaufpreisforderung an D ab. Verlangt nun K von V die Übereignung der Uhr, ohne dem D den Kaufpreis entrichtet zu haben, kann V die Leistung gemäß § 320 BGB verweigern, obwohl er nicht mehr Gläubiger der Kaufpreisforderung ist.

Das Recht, dem Schuldner gemäß § 281 Abs. 1 BGB eine Frist zu setzen, geht hingegen auf den neuen Gläubiger über. Dasselbe gilt für einen Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 Abs. 3 BGB), denn dieser ersetzt ja den abgetretenen Anspruch.

### *c. Schuldnerschutz*

Der Schuldner ist an der Abtretungsvereinbarung nicht beteiligt. Er muss der Abtretung nicht zustimmen, ja noch nicht einmal Kenntnis von ihr erlangen. Dementsprechend darf seine rechtliche Stellung durch die Zession nicht verschlechtert werden.

Es sind vor allem drei Gefahren, die die Abtretung für den Schuldner mit sich bringt und vor denen ihn das Gesetz schützt. Zum einen darf er seine Einwendungen und Einreden nicht verlieren. Deswegen belässt ihm das Gesetz seine Gegenrechte gegen die Forderung, § 404 BGB. Insbesondere darf er auch die Möglichkeit, gegen die Forderung mit einer eigenen Forderung aufrechnen zu können, nicht verlieren (dazu unten ii.). Weiterhin muss er noch davor geschützt werden, dass er an den falschen Gläubiger leistet (s. sogleich i).

*i. Leistung an den falschen Gläubiger*

Der Schuldner muss vor den Folgen einer Leistung an den falschen Gläubiger geschützt werden. Wenn der Schuldner nichts von der Abtretung erfährt, wird er den alten Gläubiger noch für denjenigen halten, an den er mit befreiender Wirkung leisten kann und muss. Leistet er nun an den Zedenten, so dürfte die Forderung eigentlich dennoch nicht erlöschen, denn § 362 Abs. 1 BGB setzt die Leistung an den Gläubiger voraus und Gläubiger ist nach der Abtretung eben der Zessionar. Der Schuldner müsste somit nochmals an den Zessionar leisten und gegenüber dem Zedenten den Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB (mit der Gefahr des § 818 Abs. 3 BGB) geltend machen. Damit wäre der Schuldner durch ein Geschäft, an welchem er nicht beteiligt ist, auf das Höchste gefährdet und letztlich von der Redlichkeit des alten Gläubigers abhängig. Dies verhindert § 407 Abs. 1 Alt. 1 BGB: Der Schuldner darf sich auf den Rechtsschein verlassen, nach welchem sein alter Gläubiger immer noch der richtige Gläubiger ist. Dies gilt allerdings nur, wenn er selbst gutgläubig ist, denn nur dann bedarf er des Schutzes. Gutgläubig ist er nur dann nicht, wenn er positive Kenntnis von der Abtretung zum Zeitpunkt seiner Leistung an den alten Gläubiger hat. Weder die positive Kenntnis der Tatsachen, die einen Forderungsübergang begründen, noch fahrlässige Unkenntnis schließen die Gutgläubigkeit aus (allerdings wird insbesondere die Kenntnis der die Abtretung begründenden Tatsachen im Prozess als Indiz für die Kenntnis der Abtretung zu werten sein).

Liegen die Voraussetzungen des § 407 Abs. 1 Alt. 1 BGB vor, so befreit die Leistung an den Altgläubiger den Schuldner von seiner Leistungspflicht. Der neue Gläubiger verliert seine Forderung und kann sich nunmehr nur noch an den Altgläubiger halten. Gegen diesen hat er jedenfalls einen Anspruch aus § 816 Abs. 2 BGB und kann somit das Erlangte kondizieren. Der Zedent wird in der Regel das Kausalverhältnis zwischen ihm und dem Zessionar schuldhaft verletzen, wenn er trotz der Abtretung die Leistung des Schuldners annimmt. Der Zessionar hat somit weiterhin regelmäßig einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB und u.U. sogar aus § 826 BGB gegen den Zedenten.

Zu beachten ist, dass § 407 BGB dem Schuldner zwar die Möglichkeit einräumt, sich gegen eine abermalige Inanspruchnahme zu verteidigen, ihn aber nicht hierzu zwingt. Es sind Konstellationen denkbar, in denen ein Verzicht auf den Schutz § 407 Abs. 1 BGB für den Schuldner günstiger ist.

**Beispiel:** A tritt eine Forderung gegen S in Höhe von 3.000 Euro an B ab, gegen den S eine Forderung in gleicher Höhe hat. Nunmehr zahlt S in Unkenntnis der Abtretung an A. Danach erfährt er von der Abtretung.

---

Gesetzt den Fall, dass B erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten hat, A jedoch solvent ist, wird S auf den Schutz des § 407 Abs. 1 verzichten wollen. Dann kann er gegen die (abgetretene) Forderung des B mit seiner Gegenforderung aufrechnen und so die Erfüllung seiner Gegenforderung sicherstellen. Gegen A kann er einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB geltend machen.

Wäre S gezwungen, den Weg des § 407 Abs. 1 BGB zu beschreiten, so wäre zwar die gegen ihn bestehende Forderung erloschen - seine eigene Forderung gegen B würde jedoch auf Grund dessen Zahlungsunfähigkeit ausfallen. Er stünde mithin schlechter da, als wenn er den zuvor beschriebenen Weg einschlagen und auf den Schutz des § 407 BGB verzichten würde.

Neben einer Erfüllung in Unkenntnis der Abtretung kann der Schuldner nach § 407 Abs. 1 auch sonstige Rechtsgeschäfte zwischen ihm und dem Zedenten, wie beispielsweise eine Stundung, einen Erlass oder eine vom Schuldner ausgesprochene Kündigung dem Zessionar entgegenhalten, wenn zur Zeit des Rechtsgeschäftes er von der Abtretung keine Kenntnis hatte.

**Beispiel:** A hat eine fällige Forderung in Höhe von 1.000 Euro gegen S, die er an B abtritt. Am nächsten Tag kommt der von Geldsorgen geplagte S zu A und teilt diesem mit, dass er erst in zwei Monaten zahlen könne. A sagt von der Abtretung nichts und versichert dem S, er solle sich mal keine Sorgen machen, eine Zahlung in zwei Monaten gehe in Ordnung. Zwei Tage später zeigt B dem S die Abtretung an und verlangt Zahlung.

Hier hat der A dem S die Forderung gestundet. Eigentlich hatte er hierzu jedoch nicht mehr die Rechtsmacht, denn er war nicht mehr Gläubiger der Forderung. § 407 Abs. 1 BGB schützt jedoch den S, der sich auf Grund seiner Unkenntnis der Abtretung darauf verlassen durfte, dass mit A der richtige Gläubiger die Stundung ausgesprochen hat. B kann Zahlung erst nach zwei Monaten verlangen.

Der Schutz des Schuldners vor Leistung an den falschen Gläubiger wird durch § 407 Abs. 2 BGB ergänzt. Wird nach der Abtretung ein Rechtsstreit zwischen Altgläubiger und Schuldner über die abgetretene Forderung anhängig, bevor der Schuldner von der Abtretung erfährt, so gilt das in diesem Verfahren ergehende Urteil auch gegen den neuen Gläubiger. Für eine Abtretung nach Klageerhebung gelten die §§ 265, 325 ZPO.

Auch in den Fällen, in denen der Gläubiger die gleiche Forderung mehrmals abtritt, bedarf der Schuldner des Schutzes. Nach dem Prioritätsprinzip ist nur die erste Abtretung wirksam. Erfährt der Schuldner aber nur von der zweiten Abtretung, so wird er den Falschen - nämlich den Zessionar der zweiten Abtretung - für seinen

Gläubiger halten und an diesen leisten. Wiederum würde nach § 362 Abs. 1 BGB diese Leistung eigentlich nicht zur schuldbefreienden Erfüllung führen und der Schuldner ohne seine Beteiligung benachteiligt werden. Davor schützt ihn § 408 Abs. 1 BGB: Leistet der Schuldner an den zweiten Zessionar, weil er von der zuvor erfolgten Abtretung keine Kenntnis hat, so erlischt seine Schuld. Der wirkliche Gläubiger, also der Zessionar der ersten Abtretung, hat nunmehr gegen den Leistungsempfänger einen Bereicherungsanspruch aus § 816 Abs. 2 BGB.

**Beispiel:** A tritt seine Forderung gegen S zunächst an B und dann einen Tag später an C ab. C verlangt unter Vorlage einer Abtretungserklärung Leistung von S. S, der zuvor keine Kenntnis von den Abtretungen hatte, kommt dem Verlangen nach. Später tritt B an den S heran und verlangt ebenfalls Leistung.

Hier muss S nicht mehr an B leisten. Gemäß § 408 Abs. 1 i.V.m. § 407 Abs. 1 BGB ist er durch die Leistung an C von seiner Schuld befreit worden.

Gemäß § 408 Abs. 2 BGB gilt dasselbe, falls ein Überweisungsbeschluss in der Zwangsvollstreckung nur deshalb unwirksam ist, weil der Vollstreckungsschuldner (=Gläubiger der überwiesenen Forderung) die Forderung schon zuvor abgetreten hat. Leistet der Schuldner also an den im Überweisungsbeschluss bezeichneten Vollstreckungsgläubiger, so wird er hierdurch befreit.

Eine Leistung an den falschen Gläubiger kann neben den bisher genannten Fällen auch dann eintreten, wenn der Schuldner nur an eine Abtretung glaubt, diese jedoch nicht (wirksam) stattgefunden hat. Insoweit dieser Glaube auf einem Verhalten seines Gläubigers beruht, muss der Schuldner ebenfalls geschützt werden. Diesen Schutz bewirkt § 409 BGB. Danach wird der Schuldner durch eine Leistung an den (scheinbaren) Zessionar befreit, wenn sein Gläubiger ihm entweder eine Abtretung angezeigt hat oder der Schuldner seine Leistung im Vertrauen auf eine Abtretungsurkunde erbringt.

Umstritten ist insoweit allerdings, ob der Schuldner auch dann mit befreiender Wirkung an den falschen Gläubiger leisten kann, wenn er die Unrichtigkeit der Anzeige oder Urkunde kennt. Teilweise wird dies aus dem Wortlaut des § 409 BGB geschlossen. Dagegen spricht allerdings, dass der Schuldner, der die Unrichtigkeit kennt, des Schutzes nicht bedarf.

#### *ii. Aufrechnung*

Die Situation des Schuldners würde durch die Abtretung auch dann erheblich verschlechtert, wenn er die Möglichkeit verlöre, mit einer ihm gegen den alten

---

Gläubiger zustehenden Forderung aufzurechnen. Davor schützt ihn das Gesetz. Dabei sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden:

- Der Schuldner hat vor der Abtretung wirksam aufgerechnet.

In diesem Fall ist die Forderung vor der Abtretung schon gemäß § 389 BGB erloschen und die nachfolgende Abtretung geht ins Leere.

**Beispiel:** A hat eine Forderung gegen S in Höhe von 1.000 Euro. S hat eine Gegenforderung in Höhe von 1.000 Euro. S erklärt die Aufrechnung. Danach tritt A die Forderung an B ab. Dieser verlangt von S Zahlung.

Die Aufrechnung hat hier die Forderung des A gemäß § 389 BGB zum Erlöschen gebracht. Es bestand somit zum Zeitpunkt der Abtretung keine Forderung mehr, die abgetreten werden konnte. B hat keinen Anspruch gegen S.

- Dem Schuldner steht im Zeitpunkt der Abtretung eine fällige Gegenforderung gegen den Zedenten zu.

Hier ist weiter zu unterscheiden:

(a) Rechnet der Schuldner in Unkenntnis der Abtretung mit dem Zedenten auf, so tritt eine Schuldbefreiung schon nach § 407 BGB ein (Rechtsgeschäft in Unkenntnis der Aufrechnung).

**Beispiel:** A hat eine Forderung gegen S in Höhe von 1.000 Euro, dieser eine Gegenforderung in Höhe von 1.000 Euro. A tritt die Forderung an B ab, ohne dass S hiervon erfährt. S erklärt gegenüber A die Aufrechnung. B verlangt von S Zahlung.

Eigentlich bestand nach der Abtretung keine Aufrechnungslage mehr, denn A war nicht mehr Gläubiger der Forderung gegen S. S hat die Aufrechnung allerdings in Unkenntnis der Abtretung erklärt und kann die Aufrechnung somit dem B gemäß § 407 Abs. 1 BGB entgegenhalten.

(b) Erlangt der Schuldner zunächst Kenntnis von der Abtretung und will dann aufrechnen, so ist ihm dies nach § 406 BGB ebenfalls möglich. Allerdings muss er die Aufrechnung nunmehr gegenüber dem Zessionar erklären.

**Beispiel:** A hat eine Forderung gegen S in Höhe von 1.000 Euro, dieser eine Gegenforderung in Höhe von 1.000 Euro. A tritt die Forderung an B ab und zeigt dies dem S an. S erklärt gegenüber A die Aufrechnung. B verlangt von S Zahlung.

Eigentlich bestand auch hier nach der Abtretung keine Aufrechnungslage mehr, denn A war nicht mehr Gläubiger der Forderung gegen S. § 406 Abs. 1 BGB verhindert jedoch, dass der S durch das zwischen A und B geschlossene Rechtsgeschäft die Vorteile der bestehenden Aufrechnungslage verliert. S muss nicht an B leisten.

- Dem Schuldner steht im Zeitpunkt der Abtretung eine nicht fällige Gegenforderung zu.

Auch hier muss differenziert werden:

(a) Ist die abgetretene Forderung ebenfalls nicht fällig und wird sie erst nach oder gleichzeitig mit der Gegenforderung fällig, so kann der Schuldner gemäß § 406 BGB durch Erklärung gegenüber dem Zessionar aufrechnen. Unerheblich ist dabei, ob er schon vor der Fälligkeit oder erst danach Kenntnis von der Abtretung erlangt hat. Grund dieser Regelung ist, dass der Schuldner ohne Abtretung damit rechnen konnte, mit seiner Forderung ab Fälligkeit aufrechnen zu können. Diese Erwartung des Schuldners soll geschützt werden.

**Beispiel:** A hat eine Forderung gegen S in Höhe von 1.000 Euro, die am 1.3. fällig wird. S hat eine Gegenforderung in Höhe von 1.000 Euro gegen A, die zum 1.2. fällig wird. A tritt seine Forderung am 30.1. an B ab. S erklärt am 1.2. die Aufrechnung. B verlangt von S Zahlung.

Zur Zeit der Abtretung bestand noch keine Aufrechnungslage, denn die Forderung des S war nicht fällig. S konnte allerdings damit rechnen, dass er ab 1.2. die erst am 1.3. fällig werdende Forderung des A durch Aufrechnung würde zum Erlöschen bringen können. Diese Erwartung schützt § 406 BGB. Sofern S die Aufrechnung gegenüber B erklärt (was er spätestens mit der begründeten Zahlungsverweigerung tut, §§ 133, 157 BGB), muss er nicht mehr an B zahlen.

(b) Ist die abgetretene Forderung fällig bzw. wird sie vor der Gegenforderung fällig, so kommt es nach § 406 BGB a.E. darauf an, ob der Schuldner vor oder nach Fälligkeit seiner Forderung Kenntnis von der Abtretung erlangt.

Erlangt der Schuldner schon vor Fälligkeit seiner Gegenforderung Kenntnis von der Abtretung, so ist er nicht schützenswert. Die Aufrechnungslage besteht mangels Fälligkeit seiner eigenen Forderung im Zeitpunkt der Erlangung der Kenntnis noch nicht, und er muss ohnehin damit rechnen, die Forderung erfüllen zu müssen, ohne auf die Aufrechnung zurückgreifen zu können. Er kann somit auch dann nicht mehr aufrechnen, wenn seine Gegenforderung fällig wird.

---

**Beispiel:** A hat eine Forderung gegen S in Höhe von 1.000 Euro, die am 1.2. fällig wird. S hat eine Gegenforderung in Höhe von 1.000 Euro gegen A, die zum 1.3. fällig wird. A tritt seine Forderung am 1.1. an B ab. S erfährt am 15.2. von der Abtretung und erklärt am 1.3. die Aufrechnung. B verlangt von S Zahlung.

Zur Zeit der Abtretung bestand wiederum keine Aufrechnungslage, denn die Forderung des S war nicht fällig. S konnte auch nicht damit rechnen, dass er die Forderung des A durch Aufrechnung würde zum Erlöschen bringen können, denn zumindest im Zeitraum vom 1.2. bis 1.3. war keine Aufrechnungslage gegeben, die Forderung aber schon voll durchsetzbar. Deshalb bedarf S keines Schutzes und er muss an B zahlen.

Erlangt er Kenntnis hingegen erst nach Fälligkeit der Gegenforderung, so darf er gegenüber dem Zessionar gemäß § 406 BGB aufrechnen. Er konnte im Zeitpunkt der Entstehung der Aufrechnungslage (also bei Fälligkeit seiner Forderung) auf Grund der Unkenntnis der Abtretung damit rechnen, aufrechnen zu können. Diese Aussicht soll ihm nicht genommen werden.

**Beispiel:** A hat eine Forderung gegen S in Höhe von 1.000 Euro, die am 1.2. fällig wird. S hat eine Gegenforderung in Höhe von 1.000 Euro gegen A, die zum 1.3. fällig wird. A tritt seine Forderung am 1.1. an B ab. S erfährt am 1.3. von der Abtretung und erklärt sofort die Aufrechnung. B verlangt von S Zahlung.

Zur Zeit der Abtretung bestand wiederum keine Aufrechnungslage, denn die Forderung des S war nicht fällig. S konnte - wie eben - auch im Zeitraum zwischen dem 1.2. und 1.3. nicht damit rechnen, dass er die Forderung des A durch Aufrechnung würde zum Erlöschen bringen können, da in diesem Zeitraum keine Aufrechnungslage bestand. Ab dem 1.3. konnte er jedoch wieder damit rechnen. Auch diese Erwartung schützt § 406 BGB, wenn der Schuldner wie hier S erst nach Fälligkeit seiner Gegenforderung von der Abtretung erfährt. Sofern S die Aufrechnung gegenüber B erklärt, muss er nicht mehr an B zahlen.

- Der Schuldner erwirbt die Gegenforderung erst nach der Abtretung.

Wiederum ist zu unterscheiden:

(a) Der Schuldner erwirbt die Forderung in Kenntnis der Abtretung. Dann kann er keine schützenswerte Erwartung mehr haben, die Forderung zur Erfüllung der abgetretenen Forderung einsetzen zu können - eine Aufrechnung ist nicht möglich.

**Beispiel:** A hat eine Forderung gegen S in Höhe von 1.000 Euro, die er an B abtritt. Dies wird dem S angezeigt. Danach verkauft S dem A eine Vase für 1.000 Euro und rechnet gegenüber B mit der Kaufpreisforderung auf.

Zur Zeit der Abtretung bestand keine Aufrechnungslage. S konnte beim Erwerb der Kaufpreisforderung gegen A auf Grund der Kenntnis von der Abtretung auch nicht mehr damit rechnen, dass er die Forderung des B durch Aufrechnung würde zum Erlöschen bringen können. Er bedarf somit keines Schutzes und er muss an B zahlen.

(b) Der Schuldner erwirbt die Forderung, ohne Kenntnis von der Abtretung zu haben. Hier ist grundsätzlich eine Aufrechnung gemäß § 406 BGB möglich. Dieser Regelung liegt der Gedanke zu Grunde, dass der Schuldner u.U. die Forderung gegen den Altgläubiger gerade im Vertrauen darauf erwirbt, dass er sich mit dieser von seiner Schuld befreien kann. In diesem Vertrauen darf er nicht enttäuscht werden. Allerdings ist dann wieder entscheidend, wann die beiden Forderungen fällig werden. Hier gilt das oben Gesagte.

### **3. Besondere Formen der Abtretung**

Im Folgenden sollen noch zwei besondere Arten der Abtretung, die in Rechtspraxis und Klausur häufig vorkommen, kurz erläutert werden: Sicherungszession und Inkassozeession.

#### *a. Sicherungszession*

Der Gläubiger eines Kredits verlangt regelmäßig Sicherheiten, die ihn primär vor einer späteren Zahlungsunfähigkeit des Schuldners schützen sollen. Solche Sicherheiten können insbesondere dadurch gestellt werden, dass dem Gläubiger Rechte an Vermögenswerten des Schuldners (oder eines den Schuldner unterstützenden Dritten) eingeräumt werden. Ein Vermögenswert, der als Sicherheit dienen kann, sind insbesondere Forderungen, die dem Schuldner (oder dem genannten Dritten) gegen andere Personen zustehen.

Das Gesetz sieht hier die Möglichkeit vor, an solchen Rechten ein Pfandrecht zu bestellen (§§ 1273 ff. BGB). Diese Möglichkeit hat aber den Nachteil, dass die Pfandrechtsbestellung dem Schuldner der verpfändeten Forderung mitgeteilt werden muss (§ 1280 BGB). Dies möchte der Kreditschuldner häufig vermeiden, denn wer zeigt seinen Vertragspartnern gern an, dass er Forderungen aus dem Vertrag verpfänden muss. Den Vertragspartnern könnten ja Zweifel an der Bonität seines Gegenübers kommen. Deshalb hat die Praxis die Möglichkeit der Sicherungsabtretung entdeckt.



---

Bei der Sicherungszession werden dem Kreditgläubiger (=Sicherungsnehmer) die Forderungen, die seiner Sicherung dienen sollen, vom Schuldner oder dem ihn unterstützenden Dritten (=Sicherungsgeber) abgetreten. Im Außenverhältnis zu den Schuldnern der abgetretenen Forderungen ist der Sicherungsnehmer damit voll berechtigter Gläubiger.

Im Innenverhältnis zum Sicherungsgeber ist er allerdings in seinen Befugnissen beschränkt. Er soll ja nicht endgültiger Gläubiger der Forderungen sein, sondern nur gesichert werden. Wann er sich an die Schuldner der abgetretenen Forderungen halten darf und wann er die Forderungen wieder an den Sicherungsgeber rückabtreten muss, ist in dem der Sicherungsabtretung zu Grunde liegenden Kausalgeschäft, dem so genannten Sicherungsvertrag geregelt.

#### *b. Inkassoession*

Bei der Inkassoession werden der Inkassostelle Forderungen abgetreten, damit sie diese im Interesse und auf Rechnung des Altgläubigers geltend macht. Das mit der Forderung Erlangte wird dem Altgläubiger von der Inkassostelle wieder ausgezahlt. Durch die Inkassoession soll der Altgläubiger von der Eintreibung seiner Forderungen entlastet werden. Das Risiko der Uneintreibbarkeit der Forderung trägt allerdings immer noch der Zedent, denn wenn die Forderung uneintreibbar ist, bekommt er von der Inkassostelle auch keinen Erlös ausgezahlt.

Gängiges Beispiel solcher Inkassobüros sind etwa die Verrechnungsstellen der Ärzte.

Der Inkassoession liegt regelmäßig ein Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 675, 670 BGB) als Kausalgeschäft zu Grunde. Aus diesem kann die Inkassostelle ein Entgelt für die Eintreibung der Forderung verlangen.

Von der Inkassoession müssen die Einziehungsermächtigung und das so genannte echte Factoring abgegrenzt werden.

Die nach herrschender Meinung zulässige Einziehungsermächtigung verfolgt den gleichen Zweck wie die Inkassoession. Im Gegensatz zu dieser verbleibt die Forderung jedoch beim ursprünglichen Gläubiger. Sie wird nicht abgetreten. Dafür wird ein Dritter ermächtigt, die Forderung in eigenem Namen gegen den Schuldner außergerichtlich und gegebenenfalls auch gerichtlich geltend zu machen. Leistet der Schuldner an den derart Ermächtigten, so wird er gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB von seiner Schuld befreit.

Gegen die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung werden Bedenken geltend gemacht. Die Einziehungsermächtigung führt nicht nur dazu, dass der Schuldner mit befreiender Wirkung an den Ermächtigten leisten darf, sondern auf entsprechende Aufforderung auch leisten muss, ohne jedoch von seiner Verpflichtung gegenüber seinem eigentlichen Gläubiger befreit zu sein. Die Einziehungsermächtigung führt somit zu einer Verdopplung der Gläubigerstellung zulasten des Schuldners (vgl. hierzu Rüßmann, Die Einziehungsermächtigung im Bürgerlichen Recht - ein Institut richterlicher Rechtsschöpfung, JuS 1972, 169-174).

Prozessrechtlich führt die Einziehungsermächtigung zu einer so genannten (gewillkürten) Prozessstandschaft: Der Ermächtigte macht ein fremdes Recht in eigenem Namen geltend.

Beim echten Factoring handelt es sich um eine Art Forderungskauf. Aus dem Factoringvertrag ist der Kunde verpflichtet, dem Factor seine Forderung gegen einen Dritten zu übertragen, und der Factor ist verpflichtet, dem Kunden ein bestimmtes Entgelt zu leisten. Der Factor erhält die Forderung übertragen und zieht sie dann auf eigene Rechnung ein. Der Erlös wird nicht an den Abtretenden ausgekehrt. Hier trägt der Factor das Risiko der Uneinbringlichkeit der Kundenforderung. Dafür zahlt er als Gegenleistung für die Abtretung der Forderung auch nur einen meist erheblich unter dem Nennwert liegenden Betrag. Sofern die Forderung also nicht ausfällt, macht er einen Gewinn in Höhe der Differenz zwischen abgetretener Forderung und Entgelt. Der Kunde erhält beim Factoring zwar weniger, als wenn er die Forderung selbst eingetrieben hätte. Das Factoring hat für ihn allerdings den Vorteil, dass er das vom Factor zu entrichtende Entgelt sofort und nicht erst nach der (eventuell sehr zeitaufwändigen) Eintreibung der Forderung erhält. Zudem befreit er sich vom Risiko der Uneintreibbarkeit.

#### **4. Exkurs: Übertragung von Forderungen, die in Wertpapieren verbrieft sind**

Besondere Voraussetzungen gelten für die Übertragung von Forderungen, die in Wertpapieren verbrieft sind. Wie oben erwähnt wurde, ist hier teilweise ein gutgläubiger Forderungserwerb möglich. Dabei muss zwischen verschiedenen Arten von Papieren (Inhaberpapiere, Orderpapiere, Namenspapiere) unterschieden werden.

Sog. Inhaberpapiere werden übereignet und zwar als bewegliche Sachen nach den Vorschriften der §§ 929 ff. BGB. Das Forderungsrecht geht mit der Übereignung

---

des Papiers auf den neuen Inhaber über. Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier. Somit ist auch ein gutgläubiger Erwerb möglich und zwar sogar dann, wenn das übertragene Wertpapier zuvor abhanden gekommen ist (vgl. § 935 Abs. 2 BGB). Beispiele für Inhaberpapiere sind etwa Inhaberschuldverschreibung, Inhaberscheck und Inhaberaktie.

Sog. Namenspapiere hingegen werden durch Abtretung nach §§ 398 ff. BGB übertragen. Hier folgt das Recht am Papier dem Recht aus dem Papier. Ein gutgläubiger Erwerb ist nicht möglich. Ein Beispiel für ein Namenspapier ist die angenommene Anweisung (§ 792 Abs. 3 Satz 2 BGB).

Sog. Orderpapiere stehen quasi zwischen Inhaber- und Namenspapieren. Sie werden durch Übergabe des indossierten Papiers übertragen. Das Indossament ist ein Übertragungsvermerk auf der Rückseite. Beispiele für Orderpapiere sind Scheck und Wechsel.

## **5. Schuldübernahme**

### *a. Begriff und Abgrenzungen*

Die in §§ 414 ff. BGB geregelte befreiende Schuldübernahme ist das Gegenstück zur Abtretung auf Schuldnerseite. Sie führt zu einem Austausch des Schuldners. Der Übernehmende tritt an die Stelle des bisherigen Schuldners. Dieser scheidet aus dem Schuldverhältnis im engeren Sinne aus. Die befreiende Schuldübernahme dient somit in erster Linie den Interessen des Altschuldners.

Von der befreienden Schuldübernahme müssen insbesondere der Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme), die Erfüllungsübernahme sowie die Bürgschaft unterschieden werden. Diese Institute werden in §§ 414 ff. BGB nicht geregelt.

Beim Schuldbeitritt tritt ein weiterer Schuldner neben den bisherigen Schuldner. Der Schuldbeitritt führt also nicht zu einem Schuldnerwechsel, sondern zu einer Schuldnermehrheit (Gesamtschuld im Sinne des § 421 BGB). Damit dient er als Sicherungsmittel den Interessen des Gläubigers, dem jetzt zwei Vermögensmassen zur Befriedigung zur Verfügung stehen.

Bei der so genannten Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB) wird der Übernehmende nicht Schuldner der Forderung. Er verpflichtet sich vielmehr gegenüber dem Schuldner, diesen von seiner Schuld zu befreien. Letzterer hat damit einen Anspruch gegen den Übernehmenden darauf, dass dieser seine Schuld gegenüber

dem Gläubiger erfüllt. Diese Verpflichtung wirkt jedoch nur im Verhältnis zwischen Übernehmenden und Schuldner. Aus Sicht des Gläubigers bleibt hingegen zunächst alles beim Alten. Insbesondere erwirbt er keinen Anspruch gegen den Übernehmenden und kann die Leistung von diesem nicht fordern. Die Erfüllungsübernahme dient somit in erster Linie den Interessen des Schuldners.

Auch bei der Bürgschaft (§ 765 BGB) wird der bürgende Dritte nicht Schuldner der Forderung. Er verpflichtet sich allerdings gegenüber dem Gläubiger, für die Erfüllung der Verbindlichkeit durch den Schuldner einzustehen. Er muss bei Ausfall des Schuldners den Gläubiger befriedigen. Die Bürgschaft dient somit dem Sicherungsinteresse des Gläubigers.

### *b. Vereinbarung der Schuldübernahme*

Anders als bei der Abtretung kann die Schuldübernahme nicht einfach durch eine Vereinbarung zwischen Altschuldner und Neuschuldner bewirkt werden. Sie bedarf vielmehr der Mitwirkung des Gläubigers (vgl. §§ 414, 415 BGB).

Der Grund dieser Regelung leuchtet ohne Weiteres ein, wenn man sich vor Augen führt, dass die Schuldübernahme die Interessen des Gläubigers ganz erheblich berührt. Während es bei der Abtretung dem Schuldner letztlich egal sein muss, wem gegenüber er seine Leistung zu erbringen hat, wird es dem Gläubiger in der Regel alles andere als egal sein, wer ihm etwas schuldet. Der Wert der Forderung hängt ganz entscheidend von der Person des Schuldners ab, da sie bei Ausbleiben der Leistung die Möglichkeit begründet, im Wege der Zwangsvollstreckung auf das Vermögen des Schuldners Zugriff zu nehmen. Dies wird aber beispielsweise bei einer Forderung gegen einen Millionär viel eher Erfolg versprechen als bei einer Forderung gegen einen „armen Schlucker“.

Die Mitwirkung des Gläubigers und somit auch die Schuldübernahme kann auf zwei Wegen erfolgen, entweder indem die Schuldübernahme direkt zwischen Neuschuldner und Gläubiger vereinbart wird (§ 414 BGB) oder indem der Gläubiger die entsprechende Vereinbarung zwischen Altschuldner und Neuschuldner genehmigt (§ 415 BGB).

Die Vereinbarung nach § 414 BGB enthält nach herrschender Meinung eine Verfügung zugunsten des ursprünglichen Schuldners. Sie ist grundsätzlich formfrei. Ausnahmen gelten, wenn der Inhalt der übernommenen Verpflichtung eine besondere Form verlangt (z.B. Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks, § 311b Abs. 1 BGB). Umstritten ist, ob der ursprüngliche Schuldner in entsprechender Anwendung des § 333 BGB der Schuldübernahme

---

widersprechen kann. Dies wird teilweise mit der Begründung vertreten, dem Altschuldner würde die Schuldbefreiung „aufgedrängt“. Gegen eine solche Widerspruchsmöglichkeit spricht jedoch, dass der Schuldner nach § 267 BGB auch eine schuldbefreiende Leistung eines Dritten nicht verhindern kann, wenn der Gläubiger seinen Widerspruch übergeht und die Leistung annimmt.

Die Vereinbarung nach § 415 BGB wird von Altschuldner und Neuschuldner getroffen, bedarf dann aber zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Gläubigers. Mit der Genehmigung des Gläubigers wird die Schuldübernahme gemäß §§ 185 Abs. 2 S. 1, 184 Abs. 1 BGB rückwirkend wirksam. Der Gläubiger kann erst nach Mitteilung der Schuldübernahme genehmigen (§ 415 Abs. 1 S. 2 BGB). Verweigert der Gläubiger die Genehmigung, so ist die Schuldübernahme endgültig gescheitert (§ 415 Abs. 2 S. 1 BGB). Gleiches gilt, wenn der Gläubiger nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist genehmigt (§ 415 Abs. 2 S. 2 BGB). Zu beachten ist in beiden Fällen allerdings § 415 Abs. 3 BGB: Scheitert die Schuldübernahme an der mangelnden Genehmigung des Gläubigers, so liegt im Zweifel im Verhältnis zwischen Schuldner und Übernehmer eine Erfüllungsübernahme vor.

### *c. Wirkungen der befreienden Schuldübernahme*

Wie schon dargestellt wurde, führt die befreiende Schuldübernahme zu einem Schuldnerwechsel. Der Neuschuldner übernimmt die Schuld in dem rechtlichen Zustand, in welchem sie vor der Übernahme bestand. Dementsprechend kann er dem Gläubiger Einwendungen und Einreden, die der Schuld vor Übernahme anhafteten, entgegenhalten, § 417 Abs. 1 S. 1 BGB. Allerdings darf er nicht mit einer dem Altschuldner zustehenden Forderung aufrechnen, § 417 Abs. 1 S. 2 BGB. Der Neuschuldner soll dem Altschuldner nicht dessen Forderungen nehmen können. Gestaltungsrechte, die mit dem der Rechtsstellung zusammenhängen, wie Recht auf Rücktritt, auf Anfechtung usw. stehen weiter dem Altschuldner zu. Nach herrschender Meinung kann der Neuschuldner dem Gläubiger das Bestehen eines Gestaltungsrechts auch nicht analog § 770 BGB einredeweise entgegenhalten.

Neben den Einreden des § 417 Abs. 1 S. 1 BGB kann sich der Neuschuldner auch auf Mängel der Schuldübernahme selbst berufen. Zudem kann er mit eigenen Forderungen gegen den Gläubiger aufrechnen oder wegen eigener Forderungen ein Zurückbehaltungsrecht ausüben.

Dem Übernahmevertrag liegt regelmäßig ein Kausalgeschäft zwischen Übernehmenden und bisherigem Schuldner zugrunde, z.B. eine Schenkung. Der Übernahmevertrag selbst ist von diesem Grundgeschäft abstrakt, wie § 417 Abs. 2 klarstellt. Der Übernehmende kann also dem Gläubiger nicht die Mängel des

Kausalgeschäftes zwischen ihm und dem Altschuldner entgegenhalten (Ausnahme: Fehleridentität). Nach umstrittener Auffassung der Rechtsprechung können allerdings Kausalgeschäft und eine nach § 415 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgte Schuldübernahme ein einheitliches Geschäft im Sinne des § 139 BGB bilden.

Anders als bei der Abtretung erlöschen die für die Forderung bestellten Bürgschaften und Pfandrechte bei der Schuldübernahme gemäß § 418 Abs. 1 S. 1 BGB. Gemäß § 418 Abs. 1 S. 2, 1168 Abs. 1 BGB wandeln sich Hypotheken zu Eigentümerhypotheken. Diese Regelung erklärt sich daraus, dass Sicherheiten regelmäßig mit Blick auf die Bonität des Schuldners bestellt werden. Es kann also von den Sicherungsgebern nicht ohne Weiteres erwartet werden, dass sie für den neuen Schuldner, mit dem sie bei Bestellung der Sicherheit nicht gerechnet haben, ebenfalls haften. Allerdings können die Sicherungsgeber einwilligen, dass die Sicherheiten auch für den Neuschuldner wirken sollen, § 418 Abs. 1 S. 3 BGB. Auf nichtakzessorische Sicherheiten ist § 418 Abs. 1 BGB entsprechend anzuwenden. Umstritten ist, ob § 418 BGB auch für gesetzliche Sicherheiten gilt.

## *Gläubiger- und Schuldnermehrheiten*

---

An einem Schuldverhältnis können sowohl auf der Gläubigerseite als auch auf der Schuldnerseite mehrere Personen beteiligt sein. Derartige Gläubiger- und Schuldnermehrheiten regelt das Gesetz in den §§ 420 ff. BGB wie folgt:

- § 420 BGB bestimmt für die Gläubiger- wie für die Schuldnerseite, dass Verpflichtungen und Berechtigungen im Regelfall nur zu (im Zweifel gleichen) Teilen begründet werden, soweit die geschuldete Leistung teilbar ist (Teilgläubigerschaft und Teilschuldnerschaft). Dieser gesetzliche Regelfall kommt in der Praxis jedoch kaum vor. Die meisten Zusammenschlüsse mehrerer Gläubiger und mehrerer Schuldner haben Formen, die von dem Bild der Teilberechtigungen bzw. -verpflichtungen abweichen.
- §§ 421 bis 427, 431 BGB regeln die praktisch wichtigste Form der Schuldnermehrheit: die Gesamtschuld.
- Die §§ 428 bis 430 BGB behandeln die Gesamtgläubigerschaft.
- § 432 BGB regelt die Gläubigergemeinschaft.

Im Folgenden sollen die einzelnen Formen der Gläubiger- und Schuldnermehrheiten etwas näher betrachtet werden.

---

## *I. Gläubigermehrheiten*

Das Gesetz sieht drei verschiedene Gestaltungsformen für Gläubigermehrheiten vor:

- Teilgläubigerschaft,
- Gesamtgläubigerschaft und
- Gläubigergemeinschaft.

### **1. Teilgläubigerschaft**

#### *a. Begriff und Rechtsfolgen*

Bei der Teilgläubigerschaft ist jeder von mehreren Gläubigern berechtigt, unabhängig von den anderen Gläubigern einen Teil der Leistung zu fordern, § 420 BGB.

**Beispiel:** G1 und G2, die auf benachbarten Grundstücken je ein Haus bauen, wollen einen Mengenrabatt erreichen und bestellen gemeinsam eine Ladung Kies, wobei sie mit dem Verkäufer S ausmachen, dass jeder der beiden die Hälfte der Ladung erhalten und zahlen soll.

Hier sind G1 und G2 Teilgläubiger, d.h. sie können von S je die Hälfte einer Ladung Kies verlangen.

Bei einer Teilgläubigerschaft steht somit jedem Gläubiger ein eigenes, unabhängiges Forderungsrecht gegen den Schuldner zu. Die Größe des Anteils richtet sich dabei nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere nach den getroffenen Vereinbarungen.

**Beispiel:** Im obigen Beispiel der Kieslieferung hätten G1 und G2 mit S auch vereinbaren können, dass G1 1/3 und G2 2/3 der Lieferung erhalten und zahlen sollten.

Fehlen vertragliche Regelungen und bestimmen auch sonstige Umstände keine abweichende Aufteilung, so gebührt jedem Gläubiger nach der Auslegungsregel des § 420 BGB im Zweifel ein gleich großer Anteil der Leistung.

Über sein Forderungsrecht bzgl. des ihm zustehenden Teils kann jeder Gläubiger selbständig verfügen. Er kann Leistung verlangen oder einen Schulderlass mit dem Schuldner vereinbaren. Er kann auch Schadensersatzansprüche wegen



Nichterfüllung der Leistungsverpflichtung geltend machen. Insofern steht er rechtlich nicht wesentlich anders als ein Einzelgläubiger. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass der Forderung einheitlich mit anderen Forderungen entstanden ist. Dies muss sich dann auswirken, wenn durch die Rechtsausübung eines Gläubigers das zugrunde liegende Schuldverhältnis im weiteren Sinne betroffen würde. Deswegen ordnet das Gesetz beispielsweise an, dass ein Rücktrittsrecht nur von allen Gläubigern gemeinsam ausgeübt werden kann (§ 351 BGB). Weiterhin steht dem Schuldner beim gegenseitigen Vertrag die Einrede des nicht erfüllten Vertrages wegen der gesamten Gegenleistung der Gläubiger zu (§ 320 Abs. 1 S. 2 BGB).

**Beispiel:** Im oben genannten Fall des Kiesverkaufs liefert S auch nach Fristsetzung nicht. G1 möchte zurücktreten (§ 323 Abs. 1 BGB), weil ihm der S nunmehr als unzuverlässig erscheint. G2 möchte lieber weiter auf Lieferung bestehen, da der Preis ausgesprochen günstig ist.

G1 kann nicht alleine zurücktreten, § 351 BGB. Die Überlegung, die hinter dieser Regelung steht, wird gerade am vorliegenden Fall deutlich. Die Bedingungen eines Schuldverhältnisses, an welchem mehrere Personen beteiligt sind, werden in der Regel ja gerade auch im Hinblick auf die Beteiligung mehrerer Personen getroffen. Dies würde unberücksichtigt bleiben, wenn einzelne Gläubiger allein zurücktreten könnten.

Könnte etwa G1 im vorliegenden Fall allein vom Vertrag zurücktreten, so würden die Interessen des S nicht hinreichend berücksichtigt. S hat mit G1 und G2 gerade aufgrund der Tatsache, dass zwei Personen eine Bestellung aufgegeben haben, einen günstigeren Preis ausgehandelt. An diesen Preis wäre er gegenüber G2 auch dann noch gebunden, wenn G1 zurücktreten würde, da G1 nicht in der Lage ist, allein durch seine Erklärung auf das Verhältnis des S zu G2 einzuwirken. S müsste also weiterhin zum günstigen Preis liefern, obwohl er nunmehr keine Vorteile mehr hätte. Dieses Ergebnis würde einseitig die Interessen des S benachteiligen.

Die Teilgläubigerschaft ist ohnehin nachteilig für den Schuldner. Zum einen muss er die Leistung in Teilen an verschiedene Personen erbringen – dies ist in der Regel mühsamer als eine einheitliche Leistungserbringung. Zum anderen trägt er auch ein Verteilungsrisiko. Die hälftige Teilung nach § 420 BGB gilt nur „im Zweifel“, d.h. andere Abreden sind möglich. Diese Abreden muss der Schuldner genau berücksichtigen, um die Leistung in den richtigen Anteilen erbringen zu können.

*b. Anwendungsbereich der Teilgläubigerschaft*

Das Gesetz sieht die Teilgläubigerschaft als den Regelfall an („im Zweifel“, § 420 BGB). In der Rechtswirklichkeit gilt aber das genaue Gegenteil – die Teilgläubigerschaft ist eher die Ausnahme.

Voraussetzung der Teilgläubigerschaft ist zunächst, dass es sich bei der geschuldeten Leistung um eine teilbare Leistung handelt. Eine Leistung ist teilbar, wenn sie ohne Wertminderung in mehrere gleichartige Teile zerlegt werden kann.

**Beispiele:** Dies ist insbesondere bei Geldforderungen immer der Fall. Eine Geldsumme lässt sich in verschiedene Teilsummen teilen, ohne dass sich Wesen oder Wert der Leistung verändern würden. Das Gleiche gilt bei der oben erörterten Kieslieferung.

Keine teilbare Leistung liegt demgegenüber etwa vor, wenn ein lebendes Tier geschuldet wird. Diese Leistung ist schon aufgrund der natürlichen Verhältnisse unteilbar. Ein Stück von einem (nach der Teilung notwendigerweise) toten Tier ist qualitativ etwas anderes als ein lebendes Tier. Anders, wenn eine ganze Herde von Tieren geschuldet wird. Hier lässt sich die Schuld in verschiedene Teilmengen (Teilhaerden) lebender Tiere aufspalten.

Auch bei im vorgenannten Sinn teilbaren Leistungen liegt darüber hinaus dann keine Teilgläubigerschaft vor, wenn sich aus dem Verhältnis der Gläubiger untereinander etwas anderes ergibt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Gläubiger eine Gesamthands- oder Bruchteilsgemeinschaft (Gläubigergemeinschaft) bilden. Da dies bei Gläubigermehrheiten fast immer der Fall ist, verliert die „Regel“ des § 420 BGB erheblich an Gewicht.

Eine Teilgläubigerschaft ist somit fast nur noch dort denkbar, wo mehrere nicht miteinander verbundene Menschen sich eine – teilbare – Leistung versprechen lassen. In derartigen Fallkonstellationen ist bei der Auslegung jedoch zudem immer die Möglichkeit zu beachten, dass auch voneinander getrennte Verträge - und damit überhaupt keine Gläubigermehrheit im vorliegenden Sinne - gewollt sein können. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die Auslegung ergibt, dass die Parteien eine Anwendbarkeit der §§ 320 Abs. 1 S. 2, 351 BGB nicht gewollt haben.

## 2. Gesamtgläubigerschaft

### *a. Begriff und Außenverhältnis Gläubiger/Schuldner*

Bei der Gesamtgläubigerschaft ist jeder einzelne Gesamtgläubiger berechtigt, die ganze Leistung an sich zu fordern, § 428 BGB. Die Forderung ist also anders als bei der Teilgläubigerschaft nicht geteilt. Der Schuldner braucht die Leistung allerdings nur einmal zu bewirken. Dabei kann er sich nach seinem Belieben aussuchen, an wen er die Leistung erbringt. Dies gilt – solange nichts Gegenteiliges vereinbart ist - selbst dann, wenn ein anderer Gläubiger bereits Leistung gefordert oder den Schuldner sogar verklagt hat, § 428 S. 2 BGB.

**Beispiel:** A und B haben bei der C-Bank gemeinsam ein Konto eröffnet und mit ihr vereinbart, dass jeder für sich allein über das Guthaben verfügen kann (so genanntes Oder-Konto). A verklagt die C-Bank auf Auszahlung des Restguthabens in Höhe von 1.000 Euro. Die C-Bank zahlt das Guthaben an B aus.

Hier sind A und B Gesamtgläubiger, denn nach der Vereinbarung sollen beide die ganze Leistung an sich fordern können. Die B-Bank braucht die geschuldeten Leistungen (hier Auszahlung des Restguthabens) jedoch nur einmal zu erbringen. Dass sie vorliegend an den B zahlt, obwohl A sie schon verklagt hat, lässt das Gesetz in § 428 S. 2 BGB ausdrücklich zu (etwas anders ist der Fall des gemeinsamen Kontos von Ehegatten zu beurteilen – hier muss die Bank nach der Rechtsprechung an denjenigen zahlen, der Auszahlung verlangt, OLG Nürnberg NJW 1961, 510; KG NJW 1976, 807).

Bei der Beantwortung der Frage, inwieweit rechtsändernde Umstände, die zwischen dem Schuldner und einem Gläubiger eintreten, auch gegen die anderen Gläubiger wirken, muss insbesondere der Umstand berücksichtigt werden, dass der Schuldner nur einmal und an einen Gläubiger seiner Wahl zu leisten braucht. Dementsprechend hat das Gesetz in den folgenden Fällen eine Gesamtwirkung angeordnet:

- bei der Erfüllung und ihren Surrogaten (§§ 429 Abs. 3 S. 1, 422 BGB): Befriedigt der Schuldner einen Gläubiger, so erlöschen die Forderungsrechte aller Gläubiger. Das Gleiche gilt bei Leistung an Erfüllung Statt, Hinterlegung und Aufrechnung.
- beim Erlass (§ 429 Abs. 3 S. 1, 423 BGB): Soweit der einzelne Gläubiger eine entsprechende Verfügungsbefugnis hat, wirkt ein zwischen einem Gläubiger und dem Schuldner vereinbarter Erlassvertrag gegen alle Gläubiger.

- bei der Konfusion (§ 429 Abs. 2 BGB): Vereinigen sich Forderung und Schuld in einer Person, so erlöschen die Forderungsrechte aller Gläubiger. Der Grund liegt darin, dass der Gesamtgläubiger ansonsten als Schuldner die ganze Leistung an sich selbst verlangen könnte.
- beim Gläubigerverzug (§ 429 Abs. 1 BGB): Der Gläubigerverzug eines Gläubigers wirkt gegen die anderen Gläubiger. Dies folgt aus dem Wahlrecht des Schuldners hinsichtlich der Person des Leistungsempfängers.

Andere rechtsändernde Umstände, die zwischen dem Schuldner und einem der Gläubiger eintreten, wirken hingegen grundsätzlich nur in diesem Verhältnis, §§ 429 Abs. 3, 425 BGB. Dies gilt beispielweise für Schuldnerverzug, Verjährung, rechtskräftiges Urteil und Forderungsabtretung.

### *b. Innenverhältnis zwischen den Gesamtgläubigern*

Da die Befriedigung eines Gläubigers die Forderung mit Wirkung gegen die anderen Gläubiger zum Erlöschen bringt, dies aber nicht notwendigerweise auch den Abmachungen der Gläubiger im Innenverhältnis entspricht, bedarf es der Möglichkeit eines Ausgleichs. Diese Möglichkeit begründet § 430 BGB. Nach dieser Norm ist der Leistungsempfänger seinen Mitgläubigern gegenüber ausgleichspflichtig. In welcher Höhe dies der Fall ist, bestimmt sich grundsätzlich nach den Vereinbarungen im Innenverhältnis. Für den Fall, dass keine Vereinbarungen vorliegen, bestimmt § 430 BGB, dass die Gesamtgläubiger im Zweifel zu gleichen Anteilen verpflichtet sind.

**Beispiel:** Im obigen Bankkontofall muss B dem A mangels anderer Abreden als Ausgleich die Hälfte des an ihn ausgezahlten Guthabens und damit 500 Euro zahlen. Etwas anderes würde etwa gelten, wenn A und B unter sich ausgemacht hätten, dass seinem Einzahlungsanteil entsprechend an Auszahlungen beteiligt werden soll, und A  $\frac{1}{4}$ , B hingegen  $\frac{3}{4}$  eingezahlt hätte. Dann hätte A lediglich einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 250 Euro.

### *c. Anwendungsbereich der Gesamtgläubigerschaft*

Die Gesamtgläubigerschaft kann zwischen den Gläubigern und dem Schuldner vertraglich vereinbart werden. Dies ist jedoch eher selten der Fall, da die Interessen der Parteien bei der Gesamtgläubigerschaft sehr ungleichmäßig berücksichtigt sind. Anders als die Teilgläubigerschaft ist die Gesamtgläubigerschaft zwar für den Schuldner sehr vorteilhaft. Er kann die gesamte Leistung auf einmal erbringen und darf dabei an den Gläubiger leisten, an den die Leistung für ihn am bequemsten zu erbringen ist. Auch braucht er sich nicht um das Innenverhältnis zu kümmern. Für

die Gläubiger ist diese Art der Gläubigermehrheit hingegen gefährlich, denn sie müssen damit rechnen, dass der Schuldner jeweils nicht an sie, sondern an einen anderen Gläubiger mit befreiender Wirkung leistet. Da es kaum ein Gläubiger gerne sieht, dass seine Forderung durch Leistung an einen anderen befriedigt wird, sind Fälle der vertraglich vereinbarten Gesamtgläubigerschaft außerordentlich selten. Die Gläubiger können zwar Ausgleich im Innenverhältnis suchen. Dieser Ausgleich kann aber wegen mangelnder Leistungswillig- bzw. -fähigkeit des im Innenverhältnis verpflichteten Gläubigers sehr mühselig sein bzw. im Einzelfall sogar scheitern.

Gesetzlich angeordnet ist die Gesamtgläubigerschaft lediglich in § 2151 Abs.3 BGB.

### **3. Gläubigergemeinschaft**

#### *a. Begriff*

Die Gläubigergemeinschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass der Schuldner nur an alle Gemeinschaftsgläubiger gemeinsam leisten kann. Erbringt der Schuldner die Leistung nur an einen Gläubiger, so erlischt die Forderung nicht. Diese Gläubigermehrheit bietet im Vergleich zu den zuvor erläuterten Typen eine ausgeglichene Berücksichtigung der verschiedenen Interessen. Der Schuldner braucht nur einmal zu leisten und muss sich nicht um das Innenverhältnis kümmern. Die Gläubiger müssen andererseits nicht fürchten, dass die Forderung gleichsam „hinter ihrem Rücken“ zum Erlöschen gebracht wird.

#### *b. Anwendungsbereich der Gläubigergemeinschaft*

Eine derartige gemeinschaftliche Forderungszuständigkeit kennt das Gesetz in drei Fällen:

- bei Gesamthandsgemeinschaften,
- bei Bruchteilsgemeinschaften (§§ 741 ff. BGB),
- bei im natürlichen Sinne unteilbaren Leistungen (§ 432 BGB).

Im Einzelnen:

*i. Gesamthandsgemeinschaften*

Eine gemeinschaftliche Forderungszuständigkeit ergibt sich zum einen bei den Gesamthandsvermögen. Rechtsgemeinschaften „zur gesamten Hand“ sind die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB), die Personengesellschaften des Handelsrechts (§§ 105 ff. HGB), die eheliche Gütergemeinschaft (§§ 1415 ff. BGB) und die Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff. BGB). Wegen seiner Gemeinschaftsbindung ist das Gesamthandsvermögen gegenüber dem sonstigen Privatvermögen der Gesamthändler verselbständigt. Die getrennte Verfügung über den Anteil an einer solchen Forderung ist dem Gesamthandsgläubiger selbst dann verwehrt, wenn die Forderung teilbar ist. Die Forderung darf nur einheitlich geltend gemacht werden. Die Befugnis dazu steht entweder allen gemeinsam (§ 719 BGB) oder jedem einzelnen (§ 2039 BGB) zu. Auch im letzteren Fall muss aber Leistung an die gesamte Gesamthandsgemeinschaft verlangt werden.

**Beispiel:** A und B beerben ihre Mutter. Zum Nachlass gehört eine fällige Darlehensforderung gegen C. A, der knapp bei Kasse ist, verlangt von C Zahlung. C lehnt ab, mit dem Hinweis, er zahle nur, wenn A und B ihn gemeinsam auffordern. Zu Recht?

Nein. Zwar hat C insoweit Recht, als dass er mit befreiender Wirkung nur an A und B gemeinsam leisten kann (§ 2039 S. 1 BGB) und somit auch nur an beide gemeinsam leisten muss und darf. Dies muss er aber auch auf Aufforderung eines einzigen Gläubigers.

*ii. Bruchteilsgemeinschaften*

Der zweite Grund für eine gemeinschaftliche Forderungszuständigkeit ist gegeben, wenn die Forderung einem Gegenstand entspringt, der zu einer Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) gehört. Bei einer solchen Bruchteilsgemeinschaft steht jedem Teilhaber ein ideeller Teil an einem real nicht geteilten Gegenstand zu.

**Beispiel:** Miteigentum an einer Sache (vgl. § 1008 BGB).

Liegt eine Bruchteilsgemeinschaft vor, so erstreckt sich die gemeinsame Berechtigung auch auf die der Gemeinschaft erwachsenen Forderungen.

**Beispiel:** A und B haben ein Haus im je hälftigen Miteigentum. Mieter M verursacht aus Unachtsamkeit einen Brand, bei welchem große Teile des Hauses abbrennen.

Hier liegt zwischen A und B hinsichtlich des Eigentums am Haus eine Bruchteilsgemeinschaft vor. Die hieraus folgende gemeinsame Berechtigung erstreckt sich auch auf die (aus Vertrag und Delikt folgende) Schadensersatzforderung gegen C. Obwohl die Geldzahlung an sich teilbar wäre, setzt sich die Bruchteilsgemeinschaft am Haus auch an den Einnahmen aus dem gemeinsamen Gegenstand fort. Dies ist sinnvoll, da aus den Einnahmen der Bruchteilsgemeinschaft zunächst die Kosten der Unterhaltung des Gegenstandes erbracht werden sollen – hier also die Kosten der Reparatur –, bevor der verbleibende Überschuss (etwa der Mietüberschuss) an die Miteigentümer verteilt wird.

Die Verfügung über die Forderung und ihre Einziehung gehört zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes, die nach § 744 BGB nur allen gemeinschaftlich zukommt.

*iii. Unteilbarkeit der zu fordernden Leistung*

Ein dritter Grund für die gemeinschaftliche Forderungszuständigkeit liegt schließlich in der Unteilbarkeit der zu fordernden Leistung (§ 432 BGB).

**Beispiel:** A und B sind auf dem Flug von Miami ins Gespräch gekommen und haben festgestellt, dass sie beide aus dem gleichen Vorort von Frankfurt stammen. Sie nehmen daher, um Geld zu sparen, gemeinsam ein Taxi.

Hier schuldet der Taxifahrer die gemeinsame, einmalige Beförderung. Diese Leistung ist nicht teilbar. Aus dem Sachverhalt ergeben sich auch keine Hinweise darauf, dass A und B weitere Abreden getroffen haben, aus denen sich etwa der Wille, einen Gesellschaftsvertrag abschließen zu wollen, ergeben könnte. Es sind die nach § 432 BGB geltenden Regeln anwendbar.

Die Regelung des § 432 BGB greift allerdings nur dann, wenn zwischen den Gläubigern nicht eine andere Rechtsgemeinschaft besteht (Gesamtgläubigerschaft, Gesamthand, Bruchteilsgemeinschaft). Für die Fälle einer anderen Rechtsgemeinschaft gelten jeweils die speziellen Geschäftsführungs- und Verwaltungsregeln vorrangig.

Auch im Fall des § 432 BGB kann der Schuldner sich nur durch Leistung an alle Gemeinschaftsgläubiger befreien. Dennoch besteht eine gewisse Eigenständigkeit der Forderung. Jeder Gläubiger kann – anders als bei der Gesamthand – über seinen Anteil frei verfügen.

**Beispiel:** A kann etwa seinen Beförderungsanspruch an einen Dritten abtreten – etwa weil er sich kurzfristig überlegt hat, doch noch eine Nacht in der Innenstadt von Frankfurt zu bleiben.

Diese Eigenständigkeit der Forderungen kommt auch in § 432 Abs. 2 BGB zum Ausdruck. Danach wirken Tatsachen, die nur in der Person eines Gläubigers eintreten, nicht für und gegen die übrigen Gläubiger.

---

## II. Schuldnermehrheiten

Auch auf Schuldnerseite gibt es drei Gestaltungsformen, nämlich den Gläubigermehrheiten entsprechend

- Teilschuldnerschaft,
- Gesamtschuldnerschaft und
- Schuldnergemeinschaft.

Hiervon werden in den §§ 420 ff. BGB allerdings nur Teilschuld und Gesamtschuld genannt.

### 1. Teilschuldnerschaft

#### a. Begriff

Bei der Teilschuldnerschaft ist jeder Schuldner nur zu einem Teil der Leistung verpflichtet, § 420 BGB.

**Beispiel:** Wir behandeln noch einmal den bei der Teilgläubigerschaft genannten Fall der Kiesbestellung: G1 und G2, die auf benachbarten Grundstücken je ein Haus bauen, wollen einen Mengenrabatt erreichen und bestellen deshalb gemeinsam eine Ladung Kies, wobei sie mit dem Verkäufer S ausmachen, dass jeder der beiden die Hälfte der Ladung erhalten und zahlen soll. Hier sind G1 und G2 hinsichtlich der anteiligen Kaufpreiszahlung Teilschuldner. Jeder hat die Hälfte der Gesamtrechnung zu zahlen.

Bei der Teilschuldnerschaft handelt es sich letztlich um voneinander unabhängige Schulden der einzelnen Schuldner. Dementsprechend kann und muss jeder Schuldner seine Schuld unabhängig von den anderen Schuldnern tilgen. Die Schulden beruhen allerdings auf einem einheitlichen Schuldverhältnis.



Dementsprechend kann ein Rücktritt oder eine Kündigung nur von allen oder gegenüber allen erklärt werden.

**Beispiel:** Wenn im obigen Fall nur G1 zahlt, G2 aber die Zahlung verweigert, steht K die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) gegen beide Schuldner gemeinsam zu. K muss also nur Zug um Zug gegen beide Leistungen liefern.

### *b. Anwendungsbereich der Teilschuldnerschaft*

Wie die Teilgläubigerschaft setzt auch die Teilschuldnerschaft zunächst die Teilbarkeit der Leistung voraus.

**Beispiel:** So kann die Kaufpreiszahlung im Beispielsfall ohne Wesens- oder Wertveränderung in verschiedene Teilsummen geteilt werden.

Insoweit diese Voraussetzung gegeben ist, scheint nach der Regelung § 420 BGB die Teilschuldnerschaft der Regelfall zu sein. Dies ist jedoch in der Praxis ebenso wenig wie bei der Teilgläubigerschaft der Fall. Die Teilschuldnerschaft ist für den Gläubiger nachteilig. Er muss gegen alle Schuldner einzeln vorgehen, was mühselig ist. Darüber hinaus trägt er das Insolvenzrisiko mehrerer Personen.

**Beispiel:** Wenn G1 im Beispiel zahlungsunfähig ist, dann erlangt S nur die Hälfte des Preises der Gesamtlieferung. Wenn beide zahlungsunwillig sind, muss S gegen zwei verschiedene Personen vorgehen und diese verklagen.

Aufgrund dieser einseitigen Benachteiligung hat schon das Gesetz in praktisch wichtigen Fällen (z.B. bei der deliktischen Haftung, § 840 Abs. 1 BGB) ausdrücklich angeordnet, dass mehrere Schuldner als Gesamtschuldner haften und damit die Zweifelsregel des § 420 BGB keine Anwendung findet. Die gesamtschuldnerische Haftung ist für den Gläubiger wesentlich günstiger, wie sich zeigen wird. Deshalb wird die Auslegung der Vereinbarung auch bei vertraglich begründeten Verpflichtungen häufig eher eine Gesamtschuld oder Schuldnergemeinschaft als eine Teilschuldnerschaft ergeben.

## **2. Gesamtschuld**

### *a. Begriff und Außenverhältnis Schuldner/Gläubiger*

Bei der Gesamtschuld haftet jeder einzelne Schuldner auf die ganze geschuldete Leistung. Zwar darf der Gläubiger die Leistung insgesamt nur einmal annehmen; er kann aber jeden der Gesamtschuldner nach seiner Wahl in der von ihm bestimmten Höhe zur Kasse bitten (§ 421 BGB). Inwieweit und in welcher Höhe der einzelne

Schuldner im Verhältnis zu den anderen Gesamtschuldnern haften soll, muss den Gläubiger nicht interessieren. Er kann den in Anspruch genommenen Schuldner für den Fall der „überhöhten“ Inanspruchnahme auf den internen Ausgleich unter den Gesamtschuldnern verweisen (§ 426 BGB).

**Beispiel:** A und B haben gemeinsam die Scheiben des Pkw des C eingeschlagen. Die anschließende Reparatur hat den C 2.500 Euro gekostet.

Hier hat C gegen A und B einen Schadensersatzanspruch aus Delikt (§§ 823 Abs. 1, 830 Abs. 1 S. 1 BGB und §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 303 Abs. 1 StGB, 830 Abs. 1 S. 1 BGB) in Höhe von 2.500 Euro. Gemäß § 840 Abs. 1 BGB sind A und B dabei Gesamtschuldner. C kann somit nach seiner Wahl A oder B auf die vollen 2.500 Euro in Anspruch nehmen kann. Er kann aber etwa auch von A 2.000 Euro und von B 500 Euro verlangen oder die geschuldete Summe ganz anders aufteilen. Dabei braucht ihn nicht zu interessieren, in welchem Verhältnis die beiden Gesamtschuldner zueinander haften. Dies ist allein Frage des Innenverhältnisses zwischen A und B. C kann sich somit an denjenigen Schuldner halten, den er leichter erreichen kann bzw. bei dem er von der höheren Zahlungsfähigkeit bzw. -willigkeit ausgehen kann. Gesetzt den Fall, A wäre Millionär und B ein armer Schlucker, so würde C sicherlich Zahlung in voller Höhe von A verlangen. Dieser könnte dann bei B Regress nehmen, soweit B im Innenverhältnis zumindest anteilig verpflichtet ist (§ 426 BGB).

Mit der Leistung durch einen Schuldner werden auch die anderen Schuldner befreit, § 422 Abs. 1 BGB.

**Beispiel:** Im eben erörterten Fall kann C von B nichts mehr verlangen, nachdem A die 2.500 Euro gezahlt hat.

Das Gleiche gilt von der Leistung an Erfüllung Statt, der Hinterlegung und der Aufrechnung, § 422 Abs. 1 S. 2 BGB.

**Beispiel:** Wenn A gegen C eine Forderung aus Kaufvertrag in Höhe von 2.500 Euro zusteht und er mit dieser Forderung gegenüber C aufrechnet, so wird gemäß §§ 422 Abs. 1 S. 2, 389 BGB auch B von der Schuld gegenüber C befreit, d.h. B kann von C nunmehr genauso wenig wie A noch in Anspruch genommen werden.

Hinsichtlich der Aufrechnung ist allerdings § 422 Abs. 2 BGB zu beachten, wonach eine Forderung, die einem Gesamtschuldner zusteht, nicht von den übrigen Schuldnern aufgerechnet werden kann.

B könnte also im obigen Beispiel nicht gegenüber C die Aufrechnung mit der Forderung des A erklären. Diese Regelung leuchtet ohne Weiteres ein, denn B ist

bzgl. fremder Forderungen grundsätzlich nicht Verfügungsbefugt und kann es auch nicht allein dadurch werden, dass er mit einem Dritten gemeinsam gesamtschuldnerisch verpflichtet ist.

Erfüllung und die genannten Erfüllungssurrogate wirken also für alle Gesamtschuldner. § 422 BGB wiederholt damit Rechtsfolgen, die sich schon aus der Definition der Gesamtschuld ergeben.

Differenzierter ist die Frage geregelt, ob ein Erlass zwischen dem Gläubiger und einem Schuldner zur Befreiung der anderen Schuldner führt. Gemäß § 423 BGB ist dies nur dann der Fall, wenn die der Gläubiger und der Schuldner das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten. Der Erlass kann also zu der in § 423 angesprochenen Gesamtwirkung oder zu einer Einzelwirkung zugunsten des Schuldners führen, der den Erlass mit dem Gläubiger vereinbart. Entscheidend sind die durch Auslegung zu ermittelnden Beweggründe für den Erlass.

**Beispiel:** Wenn im oben genannten Beispielfall A und B mit C an sich befreundet sind und C mit A abmacht, aus diesem Grund „die Sache fallen zu lassen“, so spricht dies dafür, dass beide Freunde und damit beide Gesamtschuldner befreit werden sollen. Etwas anderes würde gelten, wenn C und A befreundet, C und B jedoch schon ewig verfeindet sind und C mit A ausmacht, „wegen ihrer Freundschaft“ solle A nicht mehr verpflichtet sein. Hier wollen C und A nur den A von der Schuld befreien, während B weiter verpflichtet sein soll.

Insoweit der Erlass nur Einzelwirkung haben soll, ist weiter darüber zu befinden, ob der Erlass zugunsten des einzelnen Schuldners diesen lediglich vom direkten Gläubigerzugriff freistellen soll und damit Rückgriffsansprüche der voll haftenden anderen Gesamtschuldner auch weiterhin möglich sind, oder ob der Einzelerlass den Schuldner endgültig freistellen soll. Im letzteren Fall kann der Gläubiger von den anderen Schuldnern nur noch die um den Anteil des freigestellten Schuldners gekürzte Schuld einfordern. Dies leuchtet ohne Weiteres ein – der Gläubiger kann nicht durch Vereinbarung mit einzelnen Schuldnern die anderen Schuldner zu höheren Opfern verpflichten.

**Beispiel:** Soll allein A im oben genannten Beispiel endgültig befreit werden, so kann C von B, der im Zweifel zu gleichen Anteilen wie A verpflichtet ist, nur noch 1.250 Euro verlangen. Dieser könnte dann keinen Regress bei A nehmen.

Es kann aber auch sein, dass A und C nur ein Vorgehen des C gegen A verhindern wollen, einem Ausgleich B-A jedoch nichts im Wege stehen soll. Dann könnte C von B 2.500 Euro verlangen und dieser von A Ausgleich in Höhe von 1.250 Euro fordern.

§ 423 BGB ist auf dem Erlass ähnliche Geschäfte wie Verzicht und Vergleich entsprechend anzuwenden.

Der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner, § 424 BGB. Diese Gesamtwirkung des Gläubigerverzugs wird häufig dann für unbillig gehalten, wenn der Gläubiger die Leistung dessen ausschlägt, der im Innenverhältnis völlig freizustellen ist. Man möchte vermeiden, dass dem Deliktstäter eine Befreiung von seiner Schadensersatzverbindlichkeit zufällt, wenn beispielsweise die Leistung des Versicherers ausgeschlagen wurde, um statt seiner den Deliktstäter in Anspruch zu nehmen. Man übersieht dabei jedoch den Regress. Dem Gläubiger steht es selbstverständlich frei, die Leistung des Versicherers auszuschlagen, um sich an den Deliktstäter zu halten. Er tut dies allerdings auf eigene Gefahr. Sollte der Leistungsgegenstand bei dem Versicherer während des Annahmeverzugs des Gläubigers zufällig untergehen, so befreit das nicht nur die Versicherung, sondern auch den Deliktstäter von seiner Leistungspflicht gegenüber dem Gläubiger. Dem Deliktstäter wird aber nicht unangemessenes Glück zuteil. Vielmehr muss er dem Versicherer nach § 426 BGB Ausgleich gewähren, wie wenn dieser real geleistet hätte

Abweichend von der Erfüllung und den Erfüllungssurrogaten geht § 425 BGB für die übrigen Ereignisse (beispielhafte Aufzählung in Abs. 2) von dem Grundsatz aus, dass ein in der Person eines Gesamtschuldners eintretendes Ereignis auch nur für diesen wirkt. Die Verpflichtungen der einzelnen Gesamtschuldner können sich somit unterschiedlich entwickeln und deshalb verschiedenen Inhalt annehmen.

**Beispiel:** Im genannten Ausgangsfall der eingeschlagenen Scheiben verklagt C zunächst A. Damit wird die Verjährung der Forderung, soweit sie A betrifft, gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit der Wirkung des § 209 BGB gehemmt, während die Verjährung der Verpflichtung des B unverändert weiterläuft.

### *b. Das Innenverhältnis der Gesamtschuldner*

Natürlich soll auch bei der Gesamtschuld derjenige, den der Gläubiger zunächst in Anspruch nimmt, nicht allein aufgrund dieser Tatsache auch im Verhältnis zu den anderen Gesamtschuldnern die Schuld endgültig tragen. Über die endgültige Verteilung der Last entscheidet vielmehr das Innenverhältnis der Schuldner.

#### *i. Pflichten im Vorfeld der Befriedigung des Gläubigers*

Schon im Vorfeld der Befriedigung des Gläubigers ergibt sich aus dem Innenverhältnis der Gesamtschuldner regelmäßig zunächst die Verpflichtung jedes

Gesamtschuldners, an der Befriedigung des Gläubigers mitzuwirken. Hieraus kann auch die Pflicht resultieren, die Schuld anteilig beim Gläubiger zu tilgen. Ein Verstoß gegen diese Pflicht kann nach allgemeinen Regeln zur Schadensersatzpflicht führen.

*ii. Ausgleichspflicht nach § 426 Abs. 1 BGB*

Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger über den auf ihn entfallenden Teil der Schuld hinaus befriedigt, ist ein Ausgleich im Innenverhältnis erforderlich. § 426 Abs. 1 BGB begründet ein entsprechendes Ausgleichsschuldverhältnis. Nach dieser Norm sind die Gesamtschuldner – soweit nichts anderes bestimmt ist – zu gleichen Anteilen verpflichtet. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB ist selbständige Anspruchsgrundlage. Der Anspruch verjährt in drei Jahren (§ 195 BGB).

**Beispiel:** A und B schlagen wiederum die Scheiben des Pkw des C ein. Damit sind A und B mangels anderer Angaben im Verhältnis zueinander zu gleichen Teilen verpflichtet (§ 426 Abs. 1 BGB). Im Innenverhältnis sollen also A und B jeweils 1.250 Euro des Schadens tragen. Nimmt C nunmehr B auf Zahlung der gesamten Summe in Anspruch, so kann B von A gemäß § 426 Abs. 1 S. 1 BGB 1.250 Euro verlangen.

Etwas komplizierter wird die Lage, wenn mehr als zwei Gesamtschuldner vorhanden sind. Dann ist zu klären, ob die anderen Schuldner dem Schuldner, der geleistet hat, nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB wiederum als Gesamtschuldner gegenüberstehen. Dies wird in aller Regel zu verneinen sein, da der Gesamtschuldnerausgleich grundsätzlich zu einer einmaligen und endgültigen Abwicklung führen soll.

**Beispiel:** Diesmal haben A, B, D und E die Scheiben des C im Wert von diesmal 1.200 Euro eingeschlagen. C nimmt A in Anspruch. A kann nunmehr von B, D, und E je 300 Euro verlangen.

Eine Ausnahme vom genannten Grundsatz macht die Rechtsprechung, wenn derjenige Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt, der im Innenverhältnis völlig freizustellen ist. Ihm haften die anderen Schuldner als Gesamtschuldner (BGH 17, 214 ff., 222).

§ 426 Abs. 1 S. 2 BGB regelt den Fall, dass bei mehr als zwei Gesamtschuldnern der vom Gläubiger in Anspruch genommene Schuldner den Ausgleich bei einem der anderen Gesamtschuldner nicht einbringen kann. Dann müssen die anderen Gesamtschuldner dessen Anteil zu gleichen Teilen tragen.

**Beispiel:** Im letztgenannten Beispiel ist nunmehr B pleite. Dann kann A von D und E je deren Anteil in Höhe von 300 Euro sowie zusätzlich anteilig den Beitrag des B in Höhe von je 100 Euro und damit von beiden insgesamt je 400 Euro verlangen.

### *iii. Legalzession des § 426 Abs. 2 BGB*

Neben der Ausgleichsmöglichkeit des Abs. 1 gibt § 426 Abs. 2 BGB dem zunächst leistenden Gesamtschuldner eine weitere Regressmöglichkeit.

Nach § 426 Abs. 2 BGB geht nämlich die Forderung des ursprünglichen Gläubigers insoweit auf den leistenden Schuldner über, als dieser von den anderen Schuldnern Ausgleich erlangen kann. Daraus folgt, dass die schon angesprochene, in § 422 BGB angeordnete Erfüllungswirkung nur besagt, dass der Gläubiger, der die Leistung von einem der Schuldner erhalten hat, sie nicht ein zweites Mal von dem anderen Schuldner verlangen darf. Die Leistung durch einen Schuldner führt aber nicht ohne Weiteres zum vollständigen Erlöschen der Forderung. Nur der Teil der Gläubigerforderung erlischt, der dem Anteil des Leistenden im Innenverhältnis entspricht.

**Beispiel:** Im Ausgangsfall, in welchem A und B die Scheibe im Wert von 2.500 Euro eingeschlagen haben, sind A und B mangels anderer Angaben im Verhältnis zueinander zu gleichen Teilen verpflichtet (§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB). Im Innenverhältnis sollen also A und B jeweils 1.250 Euro des Schadens tragen. Somit erlischt die Forderung durch die Zahlung des A (2.500 Euro) gemäß §§ 422 Abs. 1 S. 1 BGB, 362 Abs. 1 BGB in Höhe von lediglich 1.250 Euro. Die restliche Forderung in Höhe der 1.250 BGB, die B im Innenverhältnis tragen muss, geht auf A über. A kann demnach Regress bei B nehmen und von diesem aus übergebenen Recht gemäß § 426 Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. §§ 823 Abs. 1 BGB sowie 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 303 Abs. 1 StGB 1.250 Euro verlangen. Daneben steht A ein Anspruch in gleicher Höhe aus § 426 Abs. 1 S. 1 BGB zu.

### *iv. Verhältnis § 426 Abs. 1 und 2 BGB.*

Nach dem Gesagtem stehen dem Gesamtschuldner, der zunächst an den Gläubiger leistet, gegen die anderen Gesamtschuldner schon nach § 426 BGB zwei nebeneinander stehende Anspruchsgrundlagen für seinen Ausgleich zur Seite:

Er kann Regress

- aus § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB und

- aus § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB i.V.m. der ursprünglichen Forderung (in derjenigen Höhe, in welcher der andere Schuldner im Innenverhältnis verpflichtet ist) nehmen.

Es erscheint auf den ersten Blick wenig einleuchtend, warum der Gesetzgeber dem zunächst leistenden Gesamtschuldner innerhalb einer Vorschrift in zwei Absätzen gleich zwei Anspruchgrundlagen auf die gleiche Leistung zubilligt. Auf den zweiten Blick wird dies verständlich. Die Legalzession des § 426 Abs. 2 BGB verschafft dem Ausgleichsberechtigtem nach §§ 412, 401 BGB die u.U. für die ursprüngliche Forderung bestehenden Sicherheiten. Deshalb besteht ein berechtigtes Interesse des Ausgleichsberechtigten an der Legalzession. Andererseits ist § 426 Abs. 2 BGB für den Ausgleichspflichtigen aber auch nachteilig, da bzgl. der ursprünglichen Forderung schon eine gewisse Verjährungszeit verstrichen ist und zudem eine kürzere Verjährung gelten kann. Hier bringt der eigenständige Anspruch nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB Vorteile, denn dieser unterliegt einer selbständigen Verjährung.

### *v. Der Verteilungsmaßstab*

Wie dargestellt bestimmt § 426 Abs. 1 S. 1 BGB, dass die Gesamtschuldner im Innenverhältnis zu gleichen Teilen verpflichtet sind, soweit nichts anderes bestimmt ist. In der großen Mehrzahl der Fälle wird sich allerdings eine abweichende Regelung finden. Bei vertraglich begründeten Gesamtschulden wird häufig eine Abrede über die interne Lastenverteilung vorliegen. Weiterhin gibt es auch spezielle gesetzliche Verteilungsregeln, wie etwa §§ 840 Abs. 2 und 3, 841 BGB, § 59 Abs. 2 VVG. Für Schadensersatzansprüche ist nach herrschender Meinung der Rechtsgedanke des § 254 BGB entsprechend heranzuziehen. Die Verteilung zwischen den Schädigern bestimmt sich demnach nach deren Ursachen- und Schuldanteilen an der Schädigung. Dies kann im Einzelfall auch dazu führen, dass einem Schädiger im Innenverhältnis der gesamte Schaden auferlegt wird.

### *c. Störungen des Gesamtschuldnerausgleichs*

Störungen des gesamtschuldnerischen Ausgleichs treten ein, wenn die Haftung eines Gläubigers vertraglich bzw. gesetzlich ausgeschlossen oder beschränkt ist.

**Beispiel:** A nimmt C in seinem Pkw mit, wobei beide vereinbaren, dass A dem C im Fall eines Unfalls nicht zu haften hat. Nunmehr kommt es zu einem Unfall, den A und der Fahrer des gegnerischen Wagens, B, zu gleichen Teilen fahrlässig verursacht haben. Dabei wird C verletzt. Die Arztrechnung beläuft sich auf 1.000 Euro.

Zunächst ist festzustellen, dass der Haftungsausschluss jedenfalls einen Anspruch im Außenverhältnis zwischen Gläubiger und dem Schädiger, zu dessen Gunsten der Haftungsausschluss eingreift, ausscheidet.

Im Beispiel hat somit C keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen A.

Problematisch ist allerdings, wie sich der Haftungsausschluss im Verhältnis zu den anderen nicht durch einen Haftungsausschluss begünstigten Schädigern auswirkt. Hier sind mehrere Möglichkeiten denkbar:

**Erste Möglichkeit:** Der Gläubiger erlangt vollen Ausgleich vom nicht haftungsbegünstigten Zweitschädiger, der aufgrund der Haftungsprivilegierung keinen weiteren Regressanspruch gegen den haftungsbegünstigten Schädiger erhält.

Im Beispiel müsste also B den Schaden in voller Höhe (1.000 Euro) begleichen und würde auch auf dieser Last sitzen bleiben, da er keinen Regress bei A nehmen könnte.

Die Unzulänglichkeit dieser Möglichkeit liegt auf der Hand. B würde aufgrund einer Vereinbarung zwischen Dritten, nämlich A und C, belastet, was gegen den aus der Privatautonomie entspringenden Grundsatz verstößt, dass Vereinbarungen zu Lasten Dritter nicht möglich sind. Die erste Möglichkeit ist daher in der Regel abzulehnen.

**Zweite Möglichkeit:** Der Gläubiger erlangt vollen Ausgleich vom nicht haftungsbegünstigten Zweitschädiger, der allerdings trotz der Haftungsprivilegierung einen Regressanspruch gegen den haftungsbegünstigten Schädiger erhält.

Im Beispiel müsste also B zwar gegenüber C den Schaden in voller Höhe (1.000 Euro) begleichen. B könnte dann allerdings Regress bei A in Höhe von 500 Euro nehmen.

Auch diese zum Teil vom BGH vertretene Möglichkeit hat ihre Schwächen. Für sie wird angeführt, dass die Haftungsprivilegierung des A nur im Verhältnis zum C Geltung erlangen soll, jedoch im Verhältnis zu Dritten keine Wirkung entfalten könne. Gegen diese Auffassung spricht jedoch, dass der Haftungsausschluss für A keinen Vorteil mehr bringen würde, wenn er einem Regressanspruch Dritter ausgesetzt wäre. Damit liefe die vereinbarte Haftungsprivilegierung leer, was wiederum dem Willen der Parteien zuwiderliefe, da diese bei Vereinbarung des



Haftungsausschlusses eine völlige Befreiung des haftungsprivilegierten Schädigers anstreben. Zudem spricht gegen diese zweite Möglichkeit, dass bei ihr derjenige haftungsprivilegierte Schädiger, der einen Schaden allein verursacht, besser steht als derjenige, der nur mitverantwortlich ist. Der Alleinverantwortliche haftet überhaupt nicht, da er auch keinem Regress eines Mitschädigers ausgesetzt sein kann, während der nur Mitverantwortliche einen Teilregress fürchten muss. Die genannten Schwächen der zweitgenannten Möglichkeit lassen sich nur dann umgehen, wenn der haftungsprivilegierte Schuldner sich nach der Inanspruchnahme durch den nicht privilegierten Schuldner wiederum beim Gläubiger schadlos halten kann. Auch gegen diese Lösung spricht jedoch zumindest der Gedanke der Ökonomie, da dieser an einen Anspruchskreisler erinnernde Modus der Abwicklung denkbar umständlich wäre.

**Dritte Möglichkeit:** Der Gläubiger kann den nicht haftungsprivilegierten Schädiger nur insoweit in Anspruch nehmen, wie dieser im Innenverhältnis zum haftungsprivilegierten Schädiger letztverantwortlich wäre.

Im Beispiel könnte C somit von vornherein von B nur 500 Euro Schadensersatz verlangen. Auf dem Rest des Schadens würde C sitzen bleiben.

Diese von der herrschenden Meinung vertretene und auch in der Rechtsprechung teilweise angenommene Möglichkeit überzeugt für den Regelfall zumindest in materieller Hinsicht, da sie die berührten Interessen optimal ausgleicht. Der haftungsprivilegierte Schädiger haftet nicht. Der nicht haftungsprivilegierte Schädiger steht nicht besser und nicht schlechter als im Normalfall, in dem sein Mitschädiger nicht haftungsprivilegiert ist. Der Gläubiger ist letztlich derjenige, der den Schaden, soweit er vom haftungsprivilegierten Schädiger verursacht worden ist, tragen muss. Dies ist interessengerecht, da der Geschädigte genau dies mit Vereinbarung des im Haftungsausschluss liegenden Haftungsverzichts auch gewollt hat. Der Nachteil dieser Auffassung zeigt sich allerdings im Prozess. Einerseits belastet sie den Haftpflichtprozess gegen den Nichtbegünstigten mit Fragen aus dem Verhältnis des Begünstigten zu dem Verletzten. Andererseits kommt es in diesem Prozess leicht zu Urteilen, die eine volle Verpflichtung des nicht begünstigten Schuldners aussprechen, weil weder die eine noch die andere Partei die Haftungsfreistellung des Dritten in den Prozess einführt. Wenigstens für diese Fälle scheint der umständliche Weg der zweiten Möglichkeit der bessere Weg zu sein.

*d. Anwendungsbereich der Gesamtschuld*

Die Gesamtschuld ist die praktisch bedeutsamste Form einer Mehrfachbeteiligung am Schuldverhältnis. Dies liegt insbesondere auch im Interesse des Gläubigers. Für diesen ist die Gesamtschuld nach dem Gesagten die sicherste Form der Schuldnergemeinschaft. Ihm haftet das Vermögen jedes einzelnen Schuldners auf die gesamte geschuldete Leistung. Den Ausfall eines von ihnen müssen die Gesamtschuldner tragen. Damit wird der Gläubiger befriedigt, solange auch nur ein Schuldner leistungsfähig bleibt.

Sehr häufig bestimmt das Gesetz das Vorliegen einer Gesamtschuld. So bestimmt § 427 BGB, dass mehrere, die sich durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung verpflichten, im Zweifel als Gesamtschuldner haften. Diese Norm enthält eine Auslegungsregel, die der des § 420 BGB vorgeht. Im rechtsgeschäftlichen Bereich finden sich weitere Beispiele einer gesetzlich angeordneten Gesamtschuld in den §§ 54 S. 2, 769 BGB, § 59 Abs. 1 VVG. Im deliktischen Bereich ist die wichtigste Vorschrift § 840 BGB. Andere Vorschriften einer gesamtschuldnerischen Haftung für Pflichtverletzungen finden sich in §§ 42 Abs. 2 S. 2, 53, 1664 Abs. 2, 1833 Abs. 1, 1908 i. Abs. 1, 2219 Abs. 2 BGB. Wichtig ist auch § 3 Nr. 2 PflVG. Letztlich liegt gemäß § 431 BGB unabhängig vom Rechtsgrund immer dann eine gesamtschuldnerische Haftung vor, wenn mehrere eine unteilbare Leistung schulden.

**Beispiel:** C hat gegen A und B Anspruch auf Übereignung einer Kuh. Eine (lebende) Kuh ist ihrer Natur nach unteilbar.

Zu beachten ist allerdings, dass § 431 BGB nicht einschlägig ist, wenn ein einzelner Schuldner die Leistung nicht erbringen kann. Dann schuldet jeder nur die Mitwirkung an der gemeinsamen Herbeiführung des Erfolges.

**Beispiel:** Der einzelne Musiker schuldet nur Mitwirkung in der Kapelle, wenn insgesamt Kapellenmusik geschuldet wird. Zwar ist die Leistung als solche nicht teilbar. Das einzelne Kapellenmitglied ist aber auch nicht fähig, die Leistung allein zu erbringen, weswegen die Anordnung einer Gesamtschuld schon an sich nicht möglich ist.

Streitig ist der weitere Anwendungsbereich der Gesamtschuld. Das Schwergewicht des bis in das Gemeine Recht zurückverfolgbaren Streits liegt auf der Abgrenzung der Gesamtschuld von anderen Schuldnermehrheiten, die man auch als scheinbare oder unechte Gesamtschulden bezeichnet. Bei den scheinbaren oder unechten Gesamtschulden handelt es sich nicht um Schuldnermehrheiten, die dem Gläubiger über Mehrfachforderungen die Leistungskumulation gestatten, sondern um

Schuldnermehrheiten, die wie die Gesamtschuld dadurch gekennzeichnet sind, dass jeder Schuldner »die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger die Leistung aber nur einmal zu fordern berechtigt ist« (§ 421 BGB). Warum man sie dennoch nicht den Gesamtschuldregeln unterwerfen will, lässt sich an den Fällen verdeutlichen, die den unechten Gesamtschulden zugerechnet werden. In diesen Fällen treffen etwa Schadensersatzforderungen gegen Deliktsschuldner mit (auf die Befriedigung desselben Interesses gerichteten) Forderungen gegen Baulastträger (Fuldaer Dombrandfall RG 82, 214), Unterhaltsschuldner, Arbeitgeber (Entgeltfortzahlung) und Versicherungen zusammen.

**Beispiel:** A verletzt die zehnjährige B. B hat nunmehr einen Anspruch auf Zahlung der Heilungskosten einerseits gegenüber A aus § 823 Abs. 1 BGB. Daneben besteht auch ein Anspruch der B gleichen Inhalts gegenüber ihrer Mutter, der verwitweten M, aus § 1601 BGB. Letztere bringt B zum Arzt und zahlt die Arztrechnung. Fraglich ist nunmehr, aufgrund welcher Grundlage M Regress bei A nehmen kann.

Man ist sich einig darüber, dass (im Innenverhältnis) Letztverpflichteter dieser Schuldnermehrheiten der Deliktsschuldner (im Beispiel also A) sein soll. Man will also nicht, dass die Leistung des im Innenverhältnis letztlich nicht Verpflichteten den Letztverpflichteten befreit (§ 422 BGB) oder dieser einen Ausgleichsanspruch auf den gleichen Anteil gegen den letztlich nicht Verpflichteten erwirbt (§ 426 Abs. 1 BGB). Die treibende Kraft hinter den zahlreichen Abgrenzungsversuchen, die weder in der Zweckgemeinschaft (Kriterium der früheren Rechtsprechung, siehe BGH 52, 39; 59, 97) noch in der Tilgungs- oder Erfüllungsgemeinschaft (Selb, Schadensbegriff und Regreßmethoden, 1963, S. 25, 37 f.) noch in der Gleichstufigkeit (so die wohl herrschende Meinung, vgl. Larenz SchuldR AT § 37 I, nunmehr auch BGHZ 106, 319; 108, 186) ein befriedigendes Ergebnis gefunden haben, liegt in der Befürchtung, dass die Rechtsfolgen der Gesamtschuld in den fraglichen Fällen nicht passend seien. Die befürchteten Zwänge sind aber gar nicht gegeben. Wie dargestellt wurde, führt § 422 BGB nur soweit zu einer Erfüllungswirkung, als der Leistende auch im Innenverhältnis verpflichtet war. Leistet also in den hier fraglichen Fällen nicht der im Innenverhältnis Letztverpflichtete, sondern ein anderer Schuldner, so bleibt die gesamte Forderung bestehen und geht gemäß § 426 Abs. 2 BGB auf den Leistenden über.

Es fehlt somit nicht nur jedes Bedürfnis, ungleichstufige Schuldnermehrheiten vom Regelungsbereich der Gesamtschuld auszunehmen; die Herausnahme hat auch noch unangemessene Folgen. Sie zwingt zunächst dazu, nach Konstruktionen zu suchen, mit denen man den einseitigen Regress bewerkstelligen kann (Überblick bei Medicus, Bürgerliches Recht, Rz. 905 ff.). In Betracht kommen die Geschäftsführung ohne Auftrag, das Bereicherungsrecht und eine ausdehnende

Anwendung des § 255 BGB. Da nun aber technisch diese Konstruktionen nicht nur dem privilegierten Schuldner der ungleichstufigen Schuldnermehrheit, sondern auch dem an sich Letztverpflichteten zugute kommen können, muss eine Bewertung der Schulden (für das Innenverhältnis der Schuldner) vorgenommen werden. Bei dieser Bewertung stellt man exakt jene Erwägungen an, die die „soweit-Regel“ des § 426 Abs. 1 BGB bei einer Abwicklung im Gesamtschuldrahmen ausfüllen. Mit der Auslagerung aus der Gesamtschuld ist daher nichts gewonnen (von der zusätzlichen Konstruktionsarbeit einmal abgesehen) und der flexible Regressrahmen des § 426 Abs. 1 BGB verloren. Denn alle anderen Regresswege sind vom Alles-oder-nichts-Prinzip beherrscht, kennen mithin keine Zwischenstufen zwischen dem Totalregress und der völligen Regressversagung.

Dies alles spricht für die Gesamtschuld als umfassendes Abwicklungsmodell für Schuldnermehrheiten, bei denen der Gläubiger die Leistung von jedem Schuldner ganz, insgesamt aber nur einmal verlangen kann.

Im Beispiel kann somit nach dem hier vertretenen Ansatz M bei A aus § 426 Abs. 1 BGB bzw. §§ 426 Abs. 2 i.V.m. 823 Abs. 1 BGB Regress nehmen.

Wer noch nicht genug hat von der Gesamtschuld und ihren Problemen sollte sich an dem Übungsfall in unserer kleinen Fallsammlung versuchen.

### **3. Gemeinschaftliche Schulden**

Gemeinschaftliche Schulden sind gegeben, wenn die geschuldete Leistung nur von allen Schuldnern zusammen erbracht werden kann.

**Beispiel:** Die Mitglieder einer Kapelle verpflichten sich, auf einem Fest zu spielen. Hier können die einzelnen Kapellenmitglieder ihre Leistung nicht unabhängig voneinander erbringen. Leistungsgegenstand ist Kapellenmusik. Einzeldarbietungen sind hingegen nicht geschuldet. Kapellenmusik kann aber nur von der gesamten Kapelle gemeinsam erbracht werden.

Das Gesetz hält für diese Gestaltung keine Regelung bereit. § 431 BGB, der die Schuldner einer unteilbaren Leistung zu Gesamtschuldnern macht, passt nicht, da die mitgedachte Voraussetzung, dass ein jeder Schuldner die unteilbare Leistung auch allein erbringen kann, qua definitionem ausgeschlossen ist. Deshalb sind bei gemeinschaftlichen Schulden alle Schuldner zusammen zu gemeinschaftlichem Handeln verpflichtet; sie müssen gemeinsam verklagt, und es kann nur aus einem gegen alle gerichteten Vollstreckungstitel vollstreckt werden.

---

*I. Haftungsrecht: Einführung*

Kraft eines Schuldverhältnisses, so bestimmt es § 241 Abs. 1 S. 1 BGB, ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Für die Begründung von solchen aus Leistungspflichten bestehenden Schuldverhältnissen (Schuldverhältnisse im engeren Sinne) sind grundsätzlich zwei Wege vorgesehen. Der eine besteht in dem vertraglichen Versprechen einer Leistung (§ 311 Abs. 1 BGB), der andere in der gesetzlichen Begründung einer Leistungspflicht. Dieser andere Bereich macht die gesetzlichen Schuldverhältnisse aus. Es sind regelmäßig sog. Ausgleichsschuldverhältnisse, in denen es um den Ausgleich von Vermögensverschiebungen geht. Im Besonderen Teil des Schuldrechts sind geregelt: die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) in den §§ 677 bis 687 BGB, die ungerechtfertigte Bereicherung in den §§ 812 bis 822 BGB und die unerlaubten Handlungen in den §§ 823 bis 853 BGB.

Gesetzliche Ausgleichsansprüche haben auch die Regeln zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (EBV) zum Inhalt. Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ist im Sachenrecht in den §§ 987 bis 1003 BGB geregelt. Bei ihm sind insbesondere die Konkurrenzen zu den im Schuldrecht geregelten Ausgleichsschuldverhältnissen von Bedeutung.

## 1. Ausgleichsperspektiven

Der Ausgleich von Vermögensbewegungen kann von unterschiedlichen Perspektiven betrachtet werden. Der Blick mag sich auf eine eingetretene Vermögensminderung (Verlust) richten und danach fragen, ob das entstandene Loch in irgendeiner Weise wieder aufgefüllt werden muss. Der Blick mag sich aber auch auf eine Vermögensmehrung (Gewinn), auf ein Zuviel im Vermögen eines anderen, richten und danach fragen, ob nicht das Zuviel abgeschöpft werden kann. Die Perspektive des Verlustausgleichs nehmen Schadensersatzansprüche und Aufwendungsersatzansprüche ein. Die Perspektive des Gewinnausgleichs oder des Ausgleichs der Vermögensmehrung finden wir im Bereicherungsrecht und bei der Herausgabe des aus der Geschäftsführung Erlangten im Recht der GoA.

Wir wenden uns dem außervertraglichen Haftungsrecht zu, für den als besondere Lektüreempfehlung Kötz, Hein/Wagner, Gerhard, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, gilt.

## 2. Außervertragliches Haftungsrecht (Deliktsrecht i.w.S.)

Das außervertragliche Haftungsrecht richtet seinen Blick auf Schäden, die jemand im Kontakt mit solchen Personen erlitten hat, mit denen er in keinen (vertraglichen) Sonderbeziehungen steht. Es fragt danach, ob der Schaden - das ist eine als nachteilig empfundene Veränderung der Güterlage - bei dem hängen bleibt, der ihn (zufällig) erlitten hat, oder ob es eine Möglichkeit gibt, einen anderen zum Ausgleich des Schadens heranzuziehen. Die letztere Möglichkeit besteht nach einem in unserem Recht geltenden Grundprinzip nur, wenn eine Rechtsnorm die Abwälzung des Schadens auf einen anderen erlaubt. Ist das nicht der Fall, bleibt der Schaden an dem hängen, den das Unglück getroffen hat. Dies ist der Inhalt des Satzes: „Casum sentit dominus“ oder in der modernen Bildungssprache ausgedrückt: „The loss lies where it falls.“

Zurechnungsgründe, die hinter den gesetzlichen Ausgleichsanordnungen stehen können, sind das Einstehenmüssen für Unrecht und Schuld (im Wesentlichen durch die unerlaubten Handlungen des BGB-Deliktsrechts geregelt), für die Risikoverwirklichung einer (erlaubten) Gefährdung (im Wesentlichen in Spezialgesetzen außerhalb des BGB geregelt), für zur Gefahrenabwehr erlaubte Eingriffe (vgl. § 904 BGB), für übernommene Garantien und Versicherungen. Der letzte Bereich hat mit den Regeln der außervertraglichen Haftung eigentlich nichts mehr zu tun, weil die Übernahme von Garantien und Versicherungen in der Regel im Vertragsgewande erfolgt.

### 3. Interessenschutz (Vertragshaftung - außervertragliche Haftung)

Außervertragliche Haftung und vertragliche Haftung mögen sich überlappen. Ihre Gemeinsamkeiten und Unterschiede können deutlich werden, wenn man sich über die unterschiedlichen Arten des zivilrechtlichen Interessenschutzes verständigt. Wir kennen das positive Interesse, das negative Interesse und das sog. Integritätsinteresse, das einen Teilaspekt des negativen Interesses beleuchtet. Das positive Interesse ist auf die Erfüllung eines Vertragsversprechens gerichtet und bedeutet schadensrechtlich, dass der zum Ersatz Verpflichtete den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn es zur Erfüllung des Vertragsversprechens gekommen wäre. Das negative Interesse hat einen vertraglichen Aspekt und einen außervertraglichen Aspekt. Beim vertraglichen Aspekt geht es um das sog. Vertrauensinteresse, bei dem schadensrechtlich der Zustand herzustellen ist, der bestehen würde, wenn das Vertrauen in die Gültigkeit etwa eines Rechtsgeschäfts oder einer Willenserklärung nicht enttäuscht worden wäre. Bei dem außervertraglichen Aspekt geht es um das Interesse, nicht durch Einwirkungen anderer Einbußen an seinen Gütern zu erleiden. Hier ist das sog. Integritätsinteresse angesprochen, und der in ihm Verletzte ist schadensrechtlich so zu stellen, wie wenn die Verletzung nicht stattgefunden hätte.

Die bislang angesprochenen Interessendifferenzierungen spielen sich auf der Ebene der sog. Haftungsbegründung ab. Wir kennen dazu auch die Ebene der Haftungsausfüllung. Damit ist das Schadensrecht im engeren Sinne angesprochen, das im BGB in den §§ 249 ff. geregelt ist. Hier stehen sich das Integritätsinteresse und das Vermögensinteresse gegenüber. Die Unterscheidung knüpft an die beiden Formen des Schadensausgleichs an: Restitution (Herstellung) und Kompensation. Die Restitution wahrt das Integritätsinteresse, die Kompensation wahrt allein das Vermögensinteresse.

Der Vermögensschutz spielt auch für die Unterscheidung der Vertragshaftung von der außervertraglichen Haftung eine Rolle. Die beiden Haftungen gemeinsame Haftungsausfüllung nach dem Schadensrecht in den §§ 249 ff. BGB erlaubt im Kompensationsbereich lediglich den Ausgleich von Vermögensschäden. Und dennoch ergeben sich im Hinblick auf den Vermögensschutz gravierende Unterschiede zwischen Vertragshaftung und außervertraglicher Haftung, weil die Vertragshaftung bei Vertragspflichtverletzungen genuinen Vermögensschutz garantiert, während die außervertragliche Haftung in den Grundtatbeständen den Vermögensschutz nur eröffnet, wenn er über einen Rechtsgüterschutz (§ 823 Abs. 1 BGB), über die Verletzung von Schutzgesetzen (§ 823 Abs. 2 BGB) oder über eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB) vermittelt wird. Das

außervertragliche Haftungsrecht kennt insofern keinen genuinen, sondern nur einen vermittelten Vermögensschutz.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen der Vertragshaftung und der außervertraglichen Haftung besteht in der Zurechnung von Fehlverhalten, das von Gehilfen ausgeht. Während im Vertragsrecht § 278 BGB dem Geschäftsherrn das Fehlverhaltensrisiko des Gehilfen ohne jede Entschuldigungsmöglichkeit auflädt, kennt das außervertragliche Haftungsrecht eine Gehilfenhaftung nur bei einem eigenen Verschulden des Geschäftsherrn (§ 831 BGB). Dieses eigene Verschulden wird allerdings vermutet, wenn eine rechtswidrige Schädigung vom Verrichtungsgehilfen ausgegangen ist.

Die günstigeren Möglichkeiten des Vertragsrechts, zu Schadensersatzansprüchen zu kommen, haben dazu geführt, die Vertragshaftung auch in Bereiche hinein auszudehnen, in denen von Verträgen ohne Verrenkungen und Verdrehungen kaum die Rede sein kann. Man kann die quasivertragliche von der quasideliktischen Haftung unterscheiden. Bei der quasivertraglichen Haftung geht es um die Bindung an Äußerungen, Auftreten, Erklärungen unterhalb der Schwelle für Vertragserklärungen. Mit der Bindung an solche Erklärungen wird der Weg zum genuinen Vermögensschutz geöffnet. Prominentes Beispiel in diesem Bereich ist das vorvertragliche Schuldverhältnis aus § 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (Kodifizierung des Rechtsinstituts der culpa in contrahendo). Man spricht auch von einer allgemeinen Vertrauenshaftung. Im Einzelnen ist hier vieles streitig.

Die quasideliktische Haftung vermittelt Rechtsgüterschutz im Vertragsgewande bei sog. gesteigertem sozialen Kontakt. Hier geht es in erster Linie darum, die in einer arbeitsteiligen Welt als unangemessen empfundene Regelung des § 831 BGB zu überspielen durch Haftungen, für die die Zurechnungsnorm des § 278 BGB gilt. Der Interessenschutz ist der Integritätsschutz, der eigentlich dem außervertraglichen Haftungsrecht anvertraut ist. Integritätsschutz im Gewande der vertraglichen Haftungsinstitute gibt es durch die in §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 bzw. 282 sowie in §§ 311 Abs. 2 und 3, 241 Abs. 2 BGB kodifizierten Rechtsinstitute der sog. culpa in contrahendo, positiven Forderungsverletzung und des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte.

Eine weitere Entwicklung droht zur Konfusion früher klar abgegrenzter Haftungsbereiche beizutragen. Bei ihr werden nicht an sich deliktisch geschützte Interessen durch Vertrag geschützt, sondern umgekehrt Vertragsinteressen durch außervertragliche Haftungstatbestände. Es geht um das Problem sog. weiterfressender Schäden. Dieses durch die Schuldrechtsreform erheblich entschärfte Problem ist dadurch gekennzeichnet, dass eine Vertragsache von



vornherein mit einem Mangel geliefert wird, der sich später, in der Regel nach Ablauf der vertraglichen Verjährungsfristen, schädlich auf vorher unversehrte Teile der Vertragssache auswirkt.

---

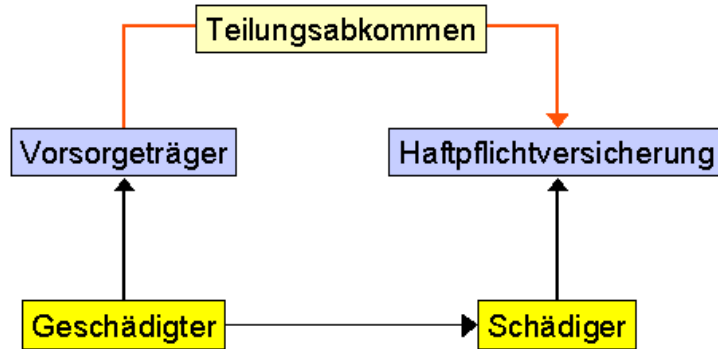
## *II. Funktionen des Haftungsrechts*

Fragen wir uns nach den Funktionen des außervertraglichen Haftungsrechts, so erweist sich eine Perspektive schnell als verfehlt, die den Blick allein auf den Verletzten und den Verletzer richtet und danach fragt, ob es gerechter sei, den Schaden beim Verletzten zu belassen oder ihn auf den Verletzer abzuwälzen. So gesehen ginge es eigentlich immer nur um eine Abwägung zwischen der Freiheit des einen, sich unbeeinträchtigt von Haftungsnormen zu bewegen, und dem Interesse des anderen am Schutz seiner Rechtsgüter. Diese Perspektive gilt für das außervertragliche Haftungsrecht eigentlich nur noch, wenn es einerseits um Verletzungen von Ruf, Ehre, Persönlichkeit und andererseits um Schädigungen im geschäftlichen Verkehr geht. Hier trifft man noch auf das klassische zweipolige Gegeneinander von Verletzer und Verletztem. Für den in den Schadenssummen um ein Vielfach größeren Unfallbereich (Verkehrsunfälle, Sportunfälle, Haushaltsunfälle, Arbeitsunfälle) ist die Perspektive des Haftpflichtrechts zu eng.

### **1. Unfallschäden**

Der Haftpflichtfall ist in ein System von Vorsorge- und Versicherungsträgern eingebettet, das das individuelle Haftpflichtrecht z.T. verdrängt, z.T. auf die Festlegung von Regressmöglichkeiten begrenzt und z.T. funktionslos macht. Hier

sind rechtspolitische Fragestellungen angesprochen, wie eine Gesellschaft mit dem in der Summe weitestgehend unvermeidlichen Unfallpotenzial umgehen sollte.



Das derzeitige System einer Mischung von individuellem Haftpflichtrecht und unterschiedlichem Vorsorgerecht beruht nicht auf einer bewussten politischen Entscheidung für ein Modell, sondern auf unreflektiertem Wildwuchs.

Dies lässt sich am Beispiel eines Bibliotheksunfalls mit verschiedenen Geschädigten verdeutlichen.

Ein eifriger Student der Rechtswissenschaft will zu den Quellen des europäischen Zivilrechts vordringen. Sie befinden sich in einem Regal, das nur mit einer Leiter zu erreichen ist. Er besteigt die Leiter und bewaffnet sich statt nur mit einem Folianten zum römischen Recht mit deren vier. Beim Abstieg kommt es zum Absturz. Von einem schweren Folianten getroffen wird in der Variante 1 eine Studentin der Rechtswissenschaft, in der Variante 2 ein Professor der Rechtswissenschaft und in der Variante 3 ein angestellter Anwalt. Die Geschädigten müssen sich einer kostspieligen Heilbehandlung unterziehen, haben Schmerzen, können nicht arbeiten und beklagen die Beschädigung ihrer Kleidung. Das führt zu den Schadensposten: Heilungskosten, Schmerzensgeld, Verdienstaussfall, Kleidung.

Welche Lösungen bietet das Recht für den Bibliotheksunfall?

Die BGB-Lösung ist für alle einheitlich. Die Haftungsbegründung ergibt sich für den Körperschaden aus § 823 Abs. 1, 823 Abs. 2 i.V.m. § 229 StGB. Die Haftung für den Sachschaden findet in § 823 Abs. 1 BGB eine Stütze. Zur Haftungsausfüllung sind die §§ 249 ff. BGB heranzuziehen. § 249 Abs. 2 BGB führt zum Ersatz der Heilungskosten, § 252 BGB zum Ersatz des Verdienstaussfalls, § 253 Abs. 2 BGB zur Ausurteilung eines Schmerzensgeldes und § 249 Abs. 2

oder § 251 BGB zu einem Ersatzanspruch wegen des beschädigten Kleidungsstücks.

Betrachtet man indessen die drei Fälle aus der Perspektive der Gesamtrechtsordnung, sieht die Sache ganz anders aus. Die Studentin hat keinen Ersatzanspruch wegen ihres Personenschadens, weil dieser in der gesetzlichen Unfallversicherung versichert ist. Zwar zahlt die Unfallversicherung kein Schmerzensgeld. Dennoch schließen §§ 104, 105, 106 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 8 c SGB VII Ansprüche gegen Kommilitonen aus (Ausnahme: vorsätzlich herbeigeführte Arbeitsunfälle).

Wegen der Sachschäden bleibt es bei dem Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 2 (251) BGB.

Für den Professor ist die Sache kein Arbeitsunfall (vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII). Es ist nicht zusammen mit dem Studenten in einer gesetzlichen Unfallversicherung. Für seine Heilungskosten muss er selbst aufkommen. Ihm stehen hier Ansprüche gegen seine private Krankenversicherung und gegen den Dienstherrn nach Beamten- und Beihilferecht zu. Diese Ansprüche beeinträchtigen aber den Schadensersatzanspruch aus §§ 823 Abs. 1, 249 BGB grundsätzlich nicht. Er geht allerdings insoweit auf den Privatversicherer und den Staat über, als diese die Heilungskosten beim Professor ersetzen.

Für den Verdienstausfall gilt das Beamtenrecht. Der Staat zahlt weiter, erholt sich aber im Wege des Regresses bei dem Verletzer.

Das Schmerzensgeld darf der Professor nach §§ 823 Abs. 1, 252 Abs. 2 BGB ebenso für sich behalten wie den Ersatz für den Kleiderschaden nach §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 2 (251) BGB.

Beim angestellten Anwalt sieht die Sache ähnlich aus wie beim Professor. Lediglich die Normen, die für den Anspruchsübergang auf die jeweils eintretenden Vorsorgeträger sorgen, ändern sich. Im Hinblick auf die Heilungskosten ist es der § 116 SGB X und im Hinblick auf den Verdienstausfall § 6 des Entgeltfortzahlungsgesetzes.

Fragt man nach einem vernünftigen Grund für die unterschiedliche Behandlung der vom Folianten Getroffenen, dürfte die Frage wohl ohne Antwort bleiben. Bei Licht besehen, erfüllt das private Haftpflichtrecht für den Ausgleich von Unfallschäden keine sinnvolle Funktion. Für den nötigen Ausgleich ist gesorgt oder kann doch durch eine entsprechende (Volks-)Versicherung gesorgt werden. Der Gedanke der

Prävention durch Haftungssanktionen greift kaum bei nicht vorsätzlich herbeigeführtem Unfallgeschehen (und dort greifen andere Mechanismen). Der Gesamtausgleich wird mit teuren Regressverfahren belastet, für die letztlich die zu zahlen haben, die schon die Verletzungen zu beklagen hatten.

Dessen ungeachtet sind kurz die rechtlichen Gegebenheiten anzusprechen, mit denen die Unfallschäden heute bewältigt werden. Ich gehe dabei so vor, dass ich zunächst nach den Ansprüchen erster Schadensträger (Verletzter) gegen die verschiedenen Vorsorgeträger frage und dann die Verknüpfung zum individuellen Haftpflichtrecht aufzeige.

### *a. Personenschäden*

#### *i. Gesetzliche Unfallversicherung*

Die gesetzliche Unfallversicherung ist seit dem 1.1.1997 im Sozialgesetzbuch VII (zuvor für mehr als 100 Jahre in der Reichsversicherungsordnung (RVO)) geregelt. Den Kreis der kraft Gesetzes Versicherten bestimmt § 2 SGB VII. Zu ihm gehören Arbeiter, Angestellte, Schüler und Studenten.

Versicherungsfälle sind der Arbeitsunfall (§ 8 Abs. 1 SGB VII), der Wegeunfall (§ 8 Abs. 2 SGB VII), die Berufskrankheit (§ 9 SGB VII).

An Leistungen erbringt die gesetzliche Unfallversicherung die Heilbehandlung, Pflegedienste und Renten (Aufzählung in § 26 SGB VII).

Die Verknüpfung zum Haftpflichtrecht sieht zunächst einmal so aus, dass die Brücken vollständig abgebrochen werden, soweit es um die Haftung des Arbeitgebers oder der Arbeitskollegen für nicht vorsätzlich verursachte Arbeitsunfälle geht (§§ 104, 105, 106 SGB VII). Selbst gegenüber vorsätzlich handelnden Arbeitgebern und Arbeitskollegen ist der Regress nach § 116 SGB X ausgeschlossen. Gegenüber Drittschädigern wird ein Regress nach § 116 SGB X eröffnet.

#### *ii. Gesetzliche Kranken-, Unfall-, Rentenversicherung*

Rechtsgrundlagen für die gesetzliche Krankenversicherung und die gesetzliche Rentenversicherung finden wir ebenfalls im Sozialgesetzbuch. Die Krankenversicherung ist im SGB V und die Rentenversicherung im SGB VI geregelt.

Der Kreis der Versicherten besteht aus abhängig Beschäftigten, Rentnern, Familienangehörigen.

Als Versicherungsfälle kennt die gesetzliche Kranken- und Rentenversicherung die Krankheit und die Arbeitsunfähigkeit.

Als Leistungen erbringt die gesetzliche Kranken- und Rentenversicherung die Heilbehandlung, die Bezahlung von Renten, auch die Lohnfortzahlung.

Die Verknüpfung zum Haftpflichtrecht erfolgt über die Eröffnung des Regresses gegenüber Drittschädigern bei Kongruenz von Versicherungsleistung und Schadensersatzanspruch (§ 116 SGB X).

*iii. Private Kranken-, Unfall-, Rentenversicherung*

Die Rechtsgrundlage für die privaten Versicherungen findet sich im Versicherungsvertragsgesetz. Der Leistungsumfang richtet sich nach den meist in Allgemeinen Versicherungsbedingungen festgehaltenen vertraglichen Absprachen. Die Verknüpfung zum Haftpflichtrecht wird hergestellt über § 86 Abs. 1 VVG, der nach Zahlung den Regress bei Kongruenz von Versicherungsleistung und Schadensersatzanspruch gewährt.

*iv. Andere Vorsorgeträger*

Auch die Träger der Sozialhilfe kommen als Vorsorgeträger in Betracht. Soweit nach den Vorschriften des BSHG Ersatz geleistet wird, gehen Ersatzansprüche des Empfängers gegen Dritte auf den Sozialhilfeträger nach § 116 Abs. 1 SGB X über.

Das Entgeltfortzahlungsgesetz gibt Ansprüche gegen den Arbeitgeber, die technisch von der gesetzlichen Krankenversicherung abgewickelt werden. Hier wird eine Verknüpfung zum Haftpflichtrecht über § 6 des Entgeltfortzahlungsgesetzes hergestellt.

Weitere Vorsorgeträger sind die nach Unterhaltsrecht zur Hilfe Verpflichteten. Es kommen nach §§ 1360, 1361 die Ehegatten und nach §§ 1601 ff. BGB die Verwandten in Betracht.

Leisten die Unterhaltsverpflichteten Ausgleich für Schäden, für ein Dritter einzustehen hat, so ist die Verknüpfung zum Haftpflichtrecht nicht ausdrücklich geregelt. Das wirft die Frage nach einer allgemeinen Regressregel auf. Hier stehen in Konkurrenz zueinander Ansprüche aus § 812 BGB (ungerechtfertigte

Bereicherung), §§ 670, 683, 677 BGB (GoA), § 255 BGB, § 285 BGB, § 426 BGB.

Ich selbst halte den Gesamtschuldausgleich (§ 426 BGB) für die geeignetste Verknüpfung zum Haftpflichtrecht des BGB.

### *b. Sachschäden*

Auch bei Sachschäden kann sich das bei Personenschäden typische Aufeinandertreffen individueller Haftpflichtansprüche mit Ansprüchen gegen Vorsorgeträger ergeben.

Berühmt ist der Fuldaer Dombrandfall (RGZ 82, 213), bei dem ein Träger der Baulast nach öffentlichem Recht mit dem Brandstifter zusammentraf. Auch hier stellt sich die Frage nach der zutreffenden allgemeinen Regresskonzeption.

Auch Unterhaltsverpflichtungen können auf den Ausgleich von Sachschäden gehen. Die Verbindung zum Haftpflichtrecht führt wieder zu der Frage nach der zutreffenden Regresskonzeption.

Die Frage nach der zutreffenden Regresskonzeption stellt sich nicht bei Schadensversicherungen. Dabei handelt es sich um Privatversicherungen nach dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG). Für sie ist der Regress nach Leistungserbringung gemäß § 86 Abs. 1 VVG gegen den Drittschädiger eröffnet.

Im Bereich der Unfallschäden gibt es regelmäßig keine Schwierigkeiten mit der Feststellung der Tatbestandsvoraussetzungen der Normen des individuellen Haftpflichtrechts. Schwierigkeiten bereitet der Praxis allenfalls das Gewichten unterschiedlicher Haftungsbeiträge zueinander, wenn sowohl der Verletzte wie der Geschädigte zu dem Unfallgeschehen beigetragen haben (§ 254 BGB).

## **2. Persönlichkeitsschutz und Unternehmensschutz**

Anders als im Unfallschadensbereich erfüllt das außervertragliche Haftungsrecht bei den Verletzungen von Ruf, Ehre, Persönlichkeit und den Schädigungen im geschäftlichen Verkehr durchaus sinnvolle Funktionen, weil es hier keinen Rundumschutz jenseits des individuellen Haftpflichtrechts gibt. Allerdings treten erhebliche Schwierigkeiten bei der Feststellung der Haftungsbegründung, den Tatbestandsfeststellungen, auf, weil der Rechtsgüterschutz des Deliktsrechts an sich auf diese Art von Verletzungen und Schädigungen nicht ausgerichtet ist. Hier

mussten zunächst neue Rechtsgüter, das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht am eingerichteten ausgeübten Gewerbebetrieb, als im Rahmen des §§ 823 Abs. 1 BGB zu schützende Güter entwickelt werden. Mit der Entwicklung war ein Systembruch verbunden. Denn in dem Bereich äußerlich klar abgrenzbarer Rechtsgüter zogen mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb Generalklauseln (Leerformeln) ein, denen man zu Zwecken der Rechtsanwendung erst noch von Fall zu Fall Konturen verleihen musste. Wir werden das bei der Analyse der Grundtatbestände des Deliktsrechts im engeren Sinne feststellen.

---

### *III. Regresskonstruktionen*

Wenn mehrere Schuldner bereitstehen, um einem Geschädigten den Schaden abzunehmen, dann stellt sich die Frage, nach welchen Regeln sich das Verhältnis dieser mehreren Schuldner untereinander bestimmt. Soweit der Gesetzgeber sich der Frage ausdrücklich angenommen hat, ist die Antwort unproblematisch. Das gilt für alle Fälle, in denen der Gesetzgeber angeordnet hat, dass der Anspruch des Gläubigers auf den Schuldner übergehen soll, der den Gläubiger befriedigt. Damit bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, welchen der Schuldner er privilegieren möchte und welcher der Schuldner im Ergebnis die Last des Schadensausgleichs tragen soll. Solche Regressanordnungen finden wir in § 116 SGB X für Sozialversicherungen, in § 86 Abs. 1 VVG für Privatversicherungen, in § 6 Entgeltfortzahlungsgesetz für Arbeitgeber, die Lohn und Gehalt weiterzahlen, ohne dass ihnen die geschuldete Arbeitsleistung erbracht würde.

Fehlen derartige Anordnungen, dann stellt sich die Frage nach dem passenden Regressmodell im BGB. Es ist die Gesamtschuld, wie wir noch zeigen werden. Doch haben viele Juristen Schwierigkeiten mit der Vorstellung, Schädiger und Versicherer oder Brandstifter und Träger der Baulast könnten zu Gesamtschuldnern verbunden sein. Für sie müssen Gesamtschuldner auf einer Stufe stehen. Sie differenzieren Gesamtschuldner von anderen Schuldnermehrheiten und sind darauf verwiesen, für die anderen Schuldnermehrheiten eigenständige Regresskonstruktionen zu entwickeln. Als solche Regressmodelle kommen nach dem BGB in Betracht:

- die Rückgriffskondition nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB
- der Aufwendungsersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 670, 683, 677 BGB

- der Anspruch auf das stellvertretende commodum nach § 285 BGB
- der Anspruch auf Abtretung nach § 255 BGB.

Mit dem Anspruch auf das stellvertretende commodum nach § 285 BGB hat die Rechtsprechung gearbeitet, als der Anspruchsübergang in den Fällen der Lohnfortzahlung noch nicht gesetzlich geregelt war. Heute besteht für diese auf Unmöglichkeitfälle beschränkte Konstruktion kein Bedürfnis mehr.

Der Anspruch auf Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 255 BGB ist für die (singuläre) Situation gedacht, dass ein Schadensersatzanspruch gegen den fahrlässigen Verwahrer geltend gemacht wird, obwohl der dingliche Herausgabeanspruch gegen den Dieb noch besteht.

Den Aufwendungsersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 670, 683, 677 BGB hat das Reichsgericht herangezogen, um im Fuldaer Dombrandfall dem Baulastträger einen Regress gegen den Brandstifter zu geben. Das erforderte die kaum nachvollziehbare Qualifikation des Tätigwerdens des Baulastträgers als Tätigkeit für den Brandstifter.

Beim Bereicherungsanspruch schließlich muss man zu der Annahme greifen, dass mit dem Schadensausgleich durch den Vorsorgeträger der Schaden und damit der Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer entfällt, weil man sonst die Bereicherung des Verletzers nicht begründen kann.

In allen Fällen wird wie selbstverständlich vorausgesetzt, dass die Regresskonstruktionen für den Baulastträger und nicht auch umgekehrt für den Brandstifter greifen.

Das alles kann man mit der Gesamtschuld einfacher haben, wenn man im Einklang mit dem Text des § 421 BGB alle die Personen zu Gesamtschuldnern zusammenfasst, die dem Gläubiger nach seiner Wahl die Leistung insgesamt oder teilweise und im Ganzen nur einmal schulden. Doch darüber herrscht Uneinigkeit und Streit.

Das Schwergewicht des bis in das Gemeine Recht zurückverfolgbaren Streits liegt auf der Abgrenzung der Gesamtschuld von anderen Schuldnermehrheiten, die man auch als scheinbare oder unechte Gesamtschulden bezeichnet (vgl. Ehmann, Die Gesamtschuld, 1972, S. 28 ff.). Bei den scheinbaren oder unechten Gesamtschulden handelt es sich nicht um Schuldnermehrheiten, die dem Gläubiger über Mehrfachforderungen die Leistungskumulation gestatten, sondern um



Schuldnermehrheiten, die wie die Gesamtschuld dadurch gekennzeichnet sind, dass jeder Schuldner »die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger die Leistung aber nur einmal zu fordern berechtigt ist« (§ 421). Warum man sie dennoch nicht den Gesamtschuldregeln unterwerfen will, lässt sich an den Fällen verdeutlichen, die den unechten Gesamtschulden zugerechnet werden. In diesen Fällen treffen etwa Schadensersatzforderungen gegen Deliktsschuldner mit (auf die Befriedigung desselben Interesses gerichteten) Forderungen gegen Baulastträger (Fuldaer Dombrandfall RGZ 82, 214), Unterhaltsschuldner, Arbeitgeber (Entgeltfortzahlung) und Versicherungen zusammen. Man ist sich einig darüber, dass (im Innenverhältnis) Letztverpflichteter dieser Schuldnermehrheiten der Deliktsschuldner sein soll. Man will also nicht, dass die Leistung des im Innenverhältnis letztlich nicht Verpflichteten den Letztverpflichteten befreit (§ 422) oder dieser einen Ausgleichsanspruch auf den gleichen Anteil gegen den letztlich nicht Verpflichteten erwirbt (§ 426 Abs. 1). „Die Angst vor den Rechtsfolgen der Gesamtschuld“ (Ehmann S. 25 ff.) ist die treibende Kraft hinter den zahlreichen Abgrenzungsversuchen, die weder in der Zweckgemeinschaft (noch Kriterium der Rechtsprechung BGH 52,39; 59,97) noch in der Tilgungs- oder Erfüllungsgemeinschaft (Selb, Schadensbegriff und Regressmethoden, 1963, S. 25, 37 f.) noch in der Gleichstufigkeit (Larenz SchuldR AT § 37 I) ein befriedigendes Ergebnis gefunden haben. Die befürchteten Zwänge sind aber auch gar nicht gegeben. Die in § 422 angeordnete Erfüllungswirkung besagt nur, dass der Gläubiger, der die Leistung von einem der Schuldner erhalten hat, sie nicht ein zweites Mal von dem anderen Schuldner verlangen darf. Sie führt aber nicht ohne weiteres zum Erlöschen der Forderung. Diese geht nach § 426 Abs. 2 auf den Leistenden über, soweit er von dem anderen Schuldner Ausgleich erlangen kann. Nur der Teil der Gläubigerforderung erlischt, der dem Anteil des Leistenden im Innenverhältnis entspricht. Ehmann bezeichnet dies treffend als das „kommunizierende System der §§ 422, 426 Abs. 2“ (S. 102). Es wird beherrscht von der „soweit-Regel“ des § 426 Abs. 1, nach der der Ausgleich jeden Wert von 0 bis 1 - vom Totalregress bis zur Regressversagung - annehmen kann.

Welchen Wert der Ausgleich im konkreten Fall annimmt, hängt von Erwägungen ab, die die Hilfsregel des § 426 Abs. 1 (im Zweifel zu gleichen Anteilen) modifizieren. Sie können sich auf besondere vertragliche Vereinbarungen, gesetzliche Bestimmungen (§ 840 Abs. 2 und 3) oder auf an der Schadensnähe ausgerichtete Wertungen stützen. Steht - wie im Fuldaer Dombrandfall - die Wertung erst einmal fest, kann sie im Rahmen der Gesamtschuldregeln angemessen zur Geltung gebracht werden: Leistet der letztverpflichtete Brandstifter, so bringt er die Schuld auch des Baulastpflichtigen zum Erlöschen, da ihm nach der wertenden Ausfüllung der „soweit-Regel“ des § 426 Abs. 1 kein Regressanspruch zusteht, mit dem die Forderung gegen den Baulastpflichtigen auf

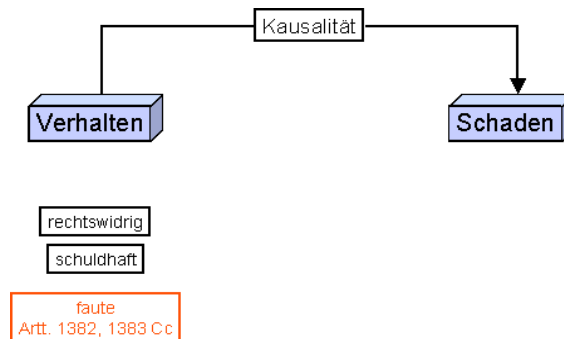
ihn übergehen könnte. Leistet hingegen der Baulastpflichtige, so führt dies nicht zum Erlöschen des Anspruchs gegen den Brandstifter, sondern dieser Anspruch geht auf den voll Regressberechtigten nach § 426 Abs. 2 über.

Es fehlt nicht nur jedes Bedürfnis, ungleichstufige Schuldnermehrheiten vom Regelungsbereich der Gesamtschuld auszunehmen; die Herausnahme hat auch noch unangemessene Folgen. Sie zwingt zunächst dazu, nach Konstruktionen zu suchen, mit denen man den einseitigen Regress bewerkstelligen kann. In Betracht kommen die Geschäftsführung ohne Auftrag (RGZ 82, 214), das Bereicherungsrecht (Frotz JZ 1964, 669 f.) und eine ausdehnende Anwendung des § 255 (Selb). Da nun aber technisch diese Konstruktionen nicht nur dem privilegierten Schuldner der ungleichstufigen Schuldnermehrheit, sondern auch dem an sich Letztverpflichteten zugute kommen können, muss eine Bewertung der Schulden (für das Innenverhältnis der Schuldner) vorgenommen werden. Bei dieser Bewertung stellt man exakt jene Erwägungen an, die die „soweit-Regel“ des § 426 Abs. 1 bei einer Abwicklung im Gesamtschuldrahmen ausfüllen. Mit der Auslagerung aus der Gesamtschuld ist daher nichts gewonnen (von der zusätzlichen Konstruktionsarbeit einmal abgesehen) und der flexible Regressrahmen des § 426 Abs. 1 verloren. Denn alle anderen Regresswege sind vom Alles-oder-nichts-Prinzip beherrscht, kennen mithin keine Zwischenstufen zwischen dem Totalregress und der völligen Regressversagung.

Dies alles spricht für die Gesamtschuld als umfassendes Abwicklungsmodell für Schuldnermehrheiten, bei denen der Gläubiger die Leistung von jedem Schuldner ganz, insgesamt aber nur einmal verlangen kann. Auch den durch § 255 für die dortige Schuldnermehrheit (Schadensersatz- und Herausgabeschuldner) angestrebten Kumulationsausschluss könnten die Gesamtschuldregeln auf denkbar einfache Weise gewährleisten: Durch automatische Überleitung des Gläubigeranspruchs auf den leistenden und ausgleichsberechtigten Schuldner. Für die Abtretungskonstruktion besteht in der Regel weder Raum noch Bedürfnis. Dass sie dennoch Aufnahme in das Gesetz gefunden hat, erklärt sich letztlich aus Schwierigkeiten, die der Gesetzgeber bei der Legalzession dinglicher Rechte sah (vgl. Rüßmann JuS 1974, 298). Beschränkt man im Einklang mit den gesetzgeberischen Intentionen den Regelungsbereich des § 255 auf die Fälle, in denen es um Ansprüche auf Herausgabe der noch vorhandenen Sache geht, so sind es auch nur diese Schuldnermehrheiten, die nicht im Gesamtschuldmodell abgewickelt werden, obwohl „jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger die Leistung aber nur einmal zu fordern berechtigt ist“ (so auch Esser/Schmidt § 39 I).

#### IV. Unrechtshaftung (Deliktsrecht im engeren Sinne)

Das Grundprinzip der Unrechtshaftung ist schnell ausgemacht: Der Schaden einer Person wird auf das Verhalten einer anderen Person zurückgeführt, das man als Fehlverhalten qualifiziert, weil in der gegebenen Situation von Rechts wegen ein anderes Verhalten geboten gewesen wäre.



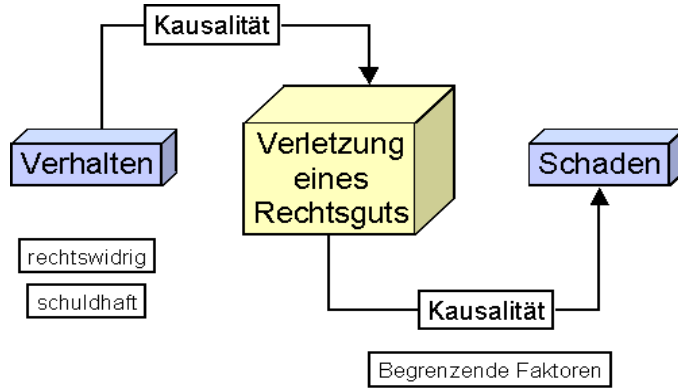
Für die Umsetzung dieses Grundprinzips in das positive Recht bieten sich einem Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten an. Er kann sich darauf beschränken, das Grundprinzip in Worte zu fassen und eine deliktische Generalklausel zu formulieren. Diesen Weg hat der französische Gesetzgeber in Art. 1382 i.V.m. Art. 1383 Code Civil von 1804 beschritten und einen Deliktsrechtstatbestand von bestechender Einfachheit formuliert: „Wer einem anderen durch sein Fehlverhalten einen Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet.“ Bei einer solchen Generalklausel bleibt die Ausformulierung der Einzeltatbestände, unter denen Schadensersatz zu leisten ist, der Rechtsprechung überlassen. Der deutsche Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs wollte der Rechtsprechung keinen so großen Entscheidungsspielraum gewähren und hat sich deshalb entschlossen, in den §§ 823 bis 853 eine Vielzahl von Haftungstatbeständen zu formulieren. Die reichen von den Grundtatbeständen der Haftung für Rechtsgutsverletzungen (§ 823 Abs. 1 BGB), für Schutzgesetzverstöße (§ 823 Abs. 2 BGB), für vorsätzlich sittenwidrige Schädigungen (§ 826 BGB) bis zu Sondertatbeständen der Kreditschädigung durch Verbreitung falscher Tatsachenbehauptungen (§ 824 BGB) und der Bestimmung zu sexuellen Handlungen (§ 825 BGB).

Für die Realisierbarkeit von Haftungen ist in der Praxis des Haftungsprozesses die Beweislast von besonderer Bedeutung. So kann man die Vielzahl der Haftungstatbestände auch danach differenzieren, wer die Beweislast für das Fehlverhalten (in der gesetzlichen Terminologie das Verschulden) trägt. Bei den Haftungen für Rechtsgutsverletzungen (§ 823 Abs. 1 BGB), für Kreditschädigung (§ 824 BGB), für die Bestimmung zu sexuellen Handlungen (§ 825 BGB) und für die vorsätzlich sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB) ist dies der Geschädigte. Bleibt das Fehlverhalten unbewiesen, hat der Geschädigte keinen durchsetzbaren Schadensersatzanspruch. Bei den Haftungen für Schutzgesetzverstöße (§ 823 Abs. 2 BGB), der Geschäftsherren (§ 831 BGB), der Aufsichtspflichtigen (§ 832 BGB), der Tierhalter und Tieraufseher (§§ 833, 834 BGB) und der Gebäudeunterhalter (§§ 836 bis 838 BGB) liegt das Beweisrisiko für das Fehlverhalten bei den Schädigern. Sie müssen also nachweisen, dass ihnen gerade kein Fehlverhalten vorgeworfen werden kann. Misslingt ein solcher Beweis, bleibt es bei ihrer Haftung. Die Geschädigten erhalten einen Schadensersatzanspruch, obwohl ein Fehlverhalten der Anspruchsgegner nicht nachweisbar ist.

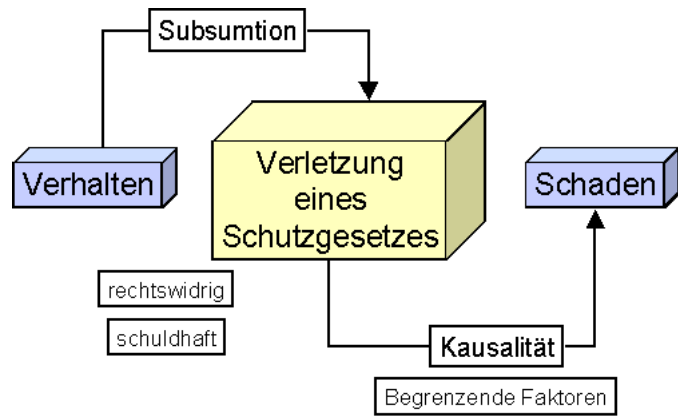
### **1. Grundtatbestände der deliktischen Haftung**

Aus der Vielfalt der Haftungstatbestände in den §§ 823 ff. BGB interessieren uns zunächst die Grundtatbestände der §§ 823 Abs. 1 und Abs. 2 und schließlich des § 826 BGB. Deren Grundmodelle wollen wir uns vergegenwärtigen und später die Erörterungen auf den Grundtatbestand der Geschäftsherrenhaftung des § 831 BGB ausdehnen. Die Grundtatbestände lassen sich vor allem danach unterscheiden, welches Zwischenstück die allen Haftungen gemeinsamen Endpole des Schadens des Gläubigers und des Verhaltens des Schuldners verbindet.

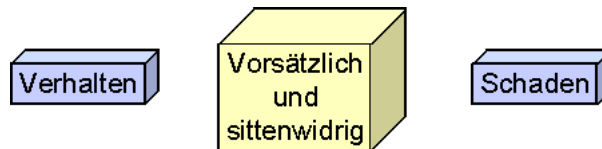
Bei § 823 Abs. 1 BGB ist dies der Eingriff in eines der dort genannten Rechtsgüter.



Bei § 823 Abs. 2 BGB geht es um die Verletzung eines staatlichen Schutzgesetzes.



Bei § 826 BGB wird das Zwischenstück durch die Verletzung des Sittengesetzes und die besondere Schuldform der vorsätzlichen Schadenszufügung gebildet.



Über die grafische Darstellung stoßen wir namentlich bei den Tatbeständen des § 823 Abs. 1 und 2 BGB auf die wichtige Differenzierung von Haftungs begründung und Haftungsausfüllung. Hier sind zwei Rechtskomplexe angesprochen, die im Bürgerlichen Gesetzbuch auch an unterschiedlichen Stellen geregelt sind. Das Haftungsausfüllungsrecht ist das Schadensrecht der §§ 249 bis 253 BGB. Die Verknüpfung von der Rechtsgutsverletzung zum Schaden ist „verschuldensfrei“; ebenso die Verknüpfung von der Schutzgesetzverletzung zu dem daraus resultierenden Schaden. Das bedeutet, dass der Vorwurf des Fehlverhaltens sich nicht auf den Schaden, sondern einmal auf die Rechtsgutsverletzung und zum anderen auf die Schutzgesetzverletzung bezieht. Nur beim Tatbestand des § 826 BGB scheint das anders zu sein. Doch kann man auch hier die Ebenen der Haftungs begründung und der Haftungsausfüllung unterscheiden. Man muss sich nur etwas genauer fragen, welche Interessen ein Gebot des Anstands, der guten Sitten, schützt. Die vorsätzliche Verletzung dieses Interesses macht dann den haftungs begründenden Teil aus. Die Schäden, die aus der Interessenverletzung fließen, bilden den Gegenstand der Haftungsausfüllung. Auch sie müssen dann nicht mehr vom Verschuldensvorwurf erfasst sein.

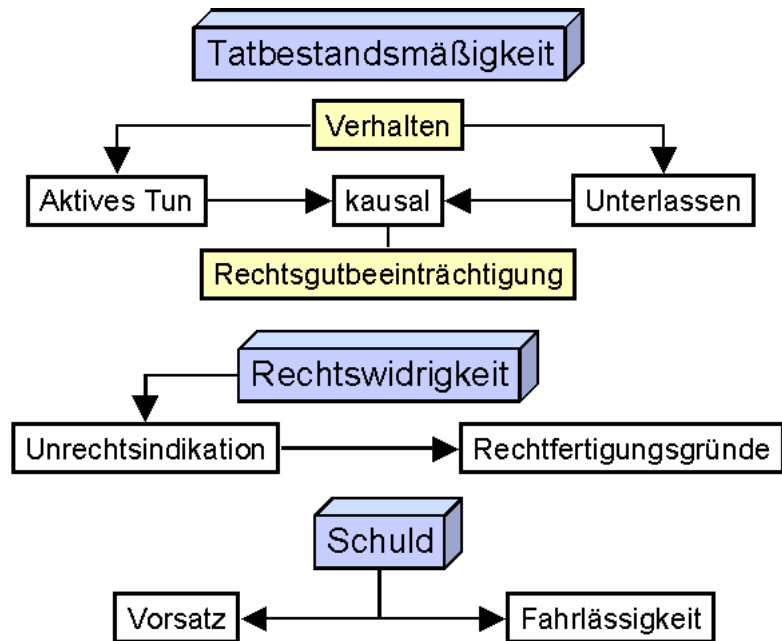
## **2. Handlungsunrecht und Erfolgsunrecht**

In unseren bisherigen Erörterungen sind wir wie selbstverständlich davon ausgegangen, dass ein Fehlverhalten dadurch gekennzeichnet ist, dass ein Verhaltensgebot verletzt wird. Bei den Haftungstatbeständen der §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB liegt die Richtigkeit dieser Konzeption auf der Hand. Einmal wird gegen staatlich gesetzte Schutznormen verstoßen; zum anderen werden Gebote des Anstands und der guten Sitten verletzt. Für den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB ist unsere Annahme aber gar nicht so selbstverständlich. Wir stoßen im Gegenteil auf einen Grundlagenstreit über das zutreffende Unrechtskonzept. Für die einen ist es das Erfolgsunrecht, für die anderen das Verhaltensunrecht. In der Erfolgsunrechtslehre qualifiziert die Tatbestandsmäßigkeit des Eingriffs in ein geschütztes Rechtsgut das Verhalten als rechtswidrig (mit dem Vorbehalt der Rechtfertigungsmöglichkeit durch besondere Rechtfertigungsgründe wie Einwilligung, Notwehr, Notstand und Wahrnehmung berechtigter Interessen). Nach der Verhaltensunrechtslehre muss in jedem Fall die Verletzung eines Verhaltensgebots festgestellt werden. Dabei unterscheidet sich § 823 Abs. 1 BGB von den Tatbeständen des § 823 Abs. 2 BGB und § 826 BGB nur durch die Quelle der Verhaltensgebote. Sie stammen nicht vom staatlichen Gesetzgeber. Sie sind auch nicht dem Sittengesetz entlehnt. Ihre Quelle ist das Richterrecht.

Wir können uns die unterschiedlichen Konzeptionen am Prüfungsaufbau für § 823 Abs. 1 BGB verdeutlichen.

*a. Der traditionelle Prüfungsaufbau*

Der traditionelle Prüfungsaufbau unterscheidet im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB die drei Ebenen der Tatbestandsmäßigkeit, der Rechtswidrigkeit und der Schuld.



Im Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit ist eine Rechtsgutsbeeinträchtigung festzustellen und auf ein Verhalten zurückzuführen, das als adäquat kausal für die Rechtsgutsbeeinträchtigung gewertet wird. Das Verhalten wird differenziert nach aktivem Tun und passivem Unterlassen. Die Kausalitätsformel für das aktive Tun ist die *conditio sine qua non*-Formel. Die Kausalitätsformel für das passive Unterlassen die *conditio cum qua non*-Formel. Einmal wird also das aktive Tun hinweggedacht und beim anderen Mal ein aktives Tun hinzugedacht. Kausalität ist jeweils gegeben, wenn die Rechtsgutsbeeinträchtigung entfällt. Beim Unterlassen tritt als zusätzliches Moment hinzu, dass man nur solche Verhaltensweisen für eine Haftungsbegründung hinzudenken darf, zu denen der Betreffende verpflichtet

gewesen wäre. Hier treten dann die Probleme der Begründung einer sog. Garantienstellung auf. Die bekanntesten Begründungstatbestände sind die Fürsorgepflicht aus enger persönlicher Beziehung (Paradigma: Familienangehörige), die Pflicht aus besonderer beruflicher Verantwortung (Paradigma: der Arzt) und die Abwehrlaufpflicht aus vorangegangener Gefahr erhöhendem Tun.

Kann die Tatbestandsmäßigkeit festgestellt werden, so indiziert die Tatbestandsmäßigkeit im Rahmen des traditionellen Prüfungsaufbaus zu § 823 Abs. 1 BGB die Rechtswidrigkeit. Diese kann nur durch Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen werden.

Wird auch die Rechtswidrigkeit bejaht, kommt es zur Prüfung der Schuld. Schuldfähigkeit des rechtswidrig Handelnden vorausgesetzt, geht es um die beiden Schuldformen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit. Vorsätzlich handelt, wer eine Rechtsgutsverletzung mit Wissen und Willen herbeiführt. Fahrlässig handelt nach der Definition in § 276 Abs. 2 BGB, „wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt“.

Hinter diesem traditionellen Prüfungsaufbau steht als ungenannter paradigmatischer Fall der vorsätzliche Eingriff in ein Rechtsgut eines anderen. A schlägt dem B auf die Nase. C tritt dem F vor das Schienbein. G wirft die Fensterscheibe des H ein. Verändert man das Paradigma, wird das Konzept brüchig. A stellt ein Gewehr her, mit dem B den C auf der Jagd erschießt. Der Autohändler H verkauft und übereignet an F ein Kraftfahrzeug, mit dem bei einem Unfall K auf das Schwerste verletzt wird. M hält sich an alle nur erdenklichen Verkehrsvorschriften und überfährt - für ihn nicht erkennbar - ein Kind. Ist das Verhalten des Herstellers des Gewehres, des Verkäufers des Autos und des sorgfältigen Autofahrers nur deshalb als rechtswidrig zu qualifizieren (Unrechtsindikation), weil ohne das jeweilige Verhalten es nicht zu den beklagenswerten Rechtsgutsverletzungen gekommen wäre? Soll eine Notwehrhandlung (zur Abwehr eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs) gegen die Herstellung von Jagdgewehren und den Verkauf von Autos möglich sein? Soll keine Notwehr- oder Nothilfehandlung gegen den Fahrer des Autos möglich sein, der gerade im Begriff ist, ein Kind zu überrollen?

Die Fragen zur Notwehr bilden ein schönes Beispiel dafür, wie Suggestionen in die Irre führen können. Selbstverständlich soll keine Notwehrhandlung gegen den Hersteller des Jagdgewehrs und den Verkäufer des Autos möglich sein. Ebenso selbstverständlich erscheint es uns, dass es von Rechts wegen erlaubt sein muss, dem Kind gegebenenfalls auch mit einem Angriff auf das heranrollende Auto zu



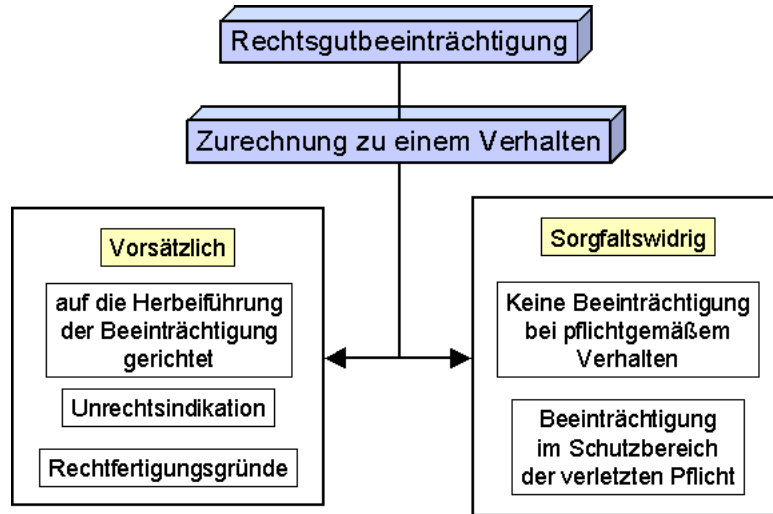
helfen. Das zeigt nur, dass Notwehrargumentationen, wiewohl sie häufig in diesem Zusammenhang angestellt werden, für die Frage nach der richtigen Unrechtskonzeption nichts austragen. Man muss die Frage nach dem haftungsbegründenden Unrecht trennen von den Voraussetzungen einer Notwehr- oder Nothilfehandlung. Notwehr und Nothilfe sind dann gerechtfertigt, wenn der in seinen Rechtsgütern Bedrohte die Rechtsgutsverletzung nicht dulden muss. Die Duldungspflicht hat mit der Frage, ob das abzuwehrende Verhalten seinerseits gegen ein Verhaltensgebot verstößt und deshalb rechtswidrig ist, nichts zu tun.

Löst man sich von den Fesseln der Notwehrproblematik, so kann man insbesondere mit Blick auf entferntere Ursachen die Frage stellen: „Soll ein Verhalten mit dem Unwerturteil der Rechtswidrigkeit belegt werden, das gegen keinerlei Verhaltensgebote verstößt?“ Im ersten Zugriff fällt die Antwort verneinend aus. Wie aber müsste dann der Prüfungsaufbau für § 823 Abs. 1 BGB gestaltet werden?

#### *b. Der moderne Prüfungsaufbau*

Der moderne Prüfungsaufbau (vgl. dazu schon die Einführungsbücher von Schwab, Einführung in das Zivilrecht, 18. Aufl. 2010, Rdnrn. 268 ff; Schmidt/Brüggemeier, Zivilrechtlicher Grundkurs, 6. Aufl. 2002, S. 293 ff.) versucht, der Verhaltensunrechtskonzeption dadurch Rechnung zu tragen, dass er zunächst

einmal trennt zwischen vorsätzlichen und nichtvorsätzlichen Rechtsgutsbeeinträchtigungen.



Für die vorsätzlichen Rechtsgutsbeeinträchtigungen bleibt es bei der klassischen Konzeption. Sie indizieren die Rechtswidrigkeit. Die Rechtswidrigkeit kann nur ausgeschlossen werden durch das Vorliegen besonderer Rechtfertigungsgründe.

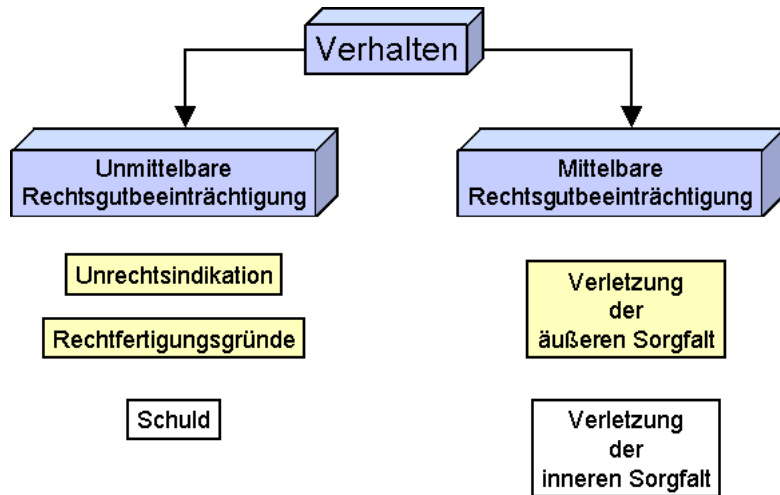
Im Bereich des nicht vorsätzlich auf die Herbeiführung der Rechtsgutsbeeinträchtigung gerichteten Verhaltens entfällt die Unrechtsindikation. Stattdessen ist positiv festzustellen, gegen welches Verhaltensgebot das an den Tag gelegte Verhalten verstößt. Kann man einen solchen Verstoß festmachen, war dem Betreffenden also ein anderes Verhalten geboten als das, das er an den Tag gelegt hatte, dann stellt sich die Frage, ob bei dem gebotenen Verhalten die Rechtsgutsbeeinträchtigung ausgeblieben wäre. Kann man diese Frage bejahen, muss schließlich noch geprüft werden, ob die Rechtsgutsbeeinträchtigung im Schutzbereich der verletzten Pflicht liegt, ob m.a.W. das Verhaltensgebot gerade zur Vermeidung der beklagten Rechtsgutsverletzung aufgestellt worden ist.

Betrachtet man diesen Prüfungsaufbau im Überblick, so fällt auf, dass im Hinblick auf die Verschuldensvoraussetzungen bei nicht vorsätzlichen Rechtsgutsbeeinträchtigungen nurmehr die Zurechnungsfähigkeit übrig geblieben

ist. Die Fahrlässigkeitsprüfung fällt unter den Tisch. Der Grund dafür liegt im objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab des Zivilrechts. Man hat, wie § 276 Abs. 2 BGB sagt, für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt einzustehen. Dies gilt auch dann, wenn man subjektiv den Anforderungen des Verkehrs nicht gewachsen ist. Die im Zusammenhang mit der Rechtswidrigkeit geprüften Verhaltensgebote decken sich mit den Verkehrs- und Sorgfaltsgeboten in § 276 Abs. 2 BGB. Dies unterscheidet die zivilrechtliche von der strafrechtlichen Rechtswidrigkeits- und Fahrlässigkeitsprüfung. Der subjektive Fahrlässigkeitsbegriff des Strafrechts eröffnet neben den objektiven Pflichtverletzungen ein eigenes Prüfungsfeld. Der objektive Fahrlässigkeitsbegriff des Zivilrechts tut das nicht.

*c. Vermittelnder Lösungsansatz*

Das sehen bei weitem nicht alle Rechtslehrer so. Ein vermittelnder Lösungsansatz für den § 823 Abs. 1 BGB (vgl. Deutsch, Der Begriff der Fahrlässigkeit im Zivilrecht, JZ 1987, 505) bleibt bei dem dreigestuften Aufbau (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld) und versucht, die geschilderten Probleme mithilfe der Differenzierung unmittelbarer und mittelbarer Rechtsgutsbeeinträchtigungen in den Griff zu bekommen.



Liegt eine Rechtsgutsbeeinträchtigung im unmittelbaren Handlungsverlauf eines aktiven Tuns, so spricht man von einer unmittelbaren Rechtsgutsbeeinträchtigung. Der unmittelbaren Rechtsgutsbeeinträchtigung wird die Kraft zur

Unrechtsindikation zugesprochen. Die indizierte Rechtswidrigkeit kann nur durch den Nachweis von Rechtfertigungsgründen ausgeschlossen werden. Es schließt sich eine Prüfung der Schuld in den beiden Schuldformen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit an.

Bei Rechtsgutsbeeinträchtigungen, die nicht im unmittelbaren Handlungsverlauf eines aktiven Tuns liegen (Herstellung von Gewehren, Verkauf von Autos) spricht man von nur mittelbaren Rechtsgutsbeeinträchtigungen. Hier soll die Rechtswidrigkeit des Verhaltens eigens festgestellt werden müssen durch die Untersuchung, ob das Verhalten Verkehrspflichten verletzt hat. Man spricht insoweit auch von einer Verletzung der äußeren Sorgfalt. Mit der Feststellung, dass eine Verkehrspflicht, die äußere Sorgfalt, verletzt sei, soll auch noch Raum für die Schuldprüfung verbleiben. Nach der Feststellung der Verletzung der äußeren Sorgfalt müsse man nämlich weiter fragen, ob auch die innere Sorgfalt verletzt worden sei. Hier sei ein mehr täterbezogener Maßstab anzulegen.

Die Differenzierung von äußerer Sorgfalt und innerer Sorgfalt ist eine für das Zivilrecht unbegründete Konzession an die Dreistufigkeit des Prüfungsaufbaus. Da auch die innere Sorgfalt nach § 276 Abs. 2 BGB an objektiven Maßstäben auszurichten ist, könnte für sie nur dann Raum sein, wenn man die Verkehrspflichten der äußeren Sorgfalt weiter fasste als die Verkehrspflichten der inneren Sorgfalt. Dafür gibt es aber keinen vernünftigen Grund, wenn die Verkehrspflichten nicht vorher in abstrakter Form niedergelegt sind, sondern von Fall zu Fall durch richterliche Rechtsetzung begründet werden.

Die Unmittelbar/Mittelbar-Dichotomie begegnet uns im Recht gar nicht so selten. Häufig steht sie für noch nicht vollständig durchdachte Problemlösungen. Vor diesem Hintergrund sollte man ihr, wo immer sie auftritt, mit Skepsis begegnen. Damit ist indessen der Stab für die Verwendung in einem konkreten Bereich noch nicht gebrochen.

#### *d. Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens (Straßenbahnfall)*

Die Unterscheidung zwischen Handlungs- und Erfolgsunrecht wird relevant, wenn es um die Gehilfenhaftung nach § 831 Abs. 1 BGB geht (vgl. zum ganzen Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rdnrn. 285 ff.). Tatbestandsvoraussetzung in § 831 Abs. 1 BGB ist nämlich die widerrechtliche Zufügung eines Schadens durch einen Verrichtungsgehilfen. Jetzt ist entscheidend, was unter widerrechtlich zu verstehen ist: die bloße Rechtsgutsverletzung des Gehilfen nach § 823 Abs. 1 ohne

Rechtfertigungsgrund oder darüber hinaus der Verstoß gegen eine Verhaltenspflicht.

Entscheidend wirkt sich diese Frage auch auf die Verteilung der Beweislast aus, wenn nicht aufklärbar ist, ob sich jemand sorgfaltswidrig verhalten hat. Dies kommt in der Praxis sehr häufig vor. Ein Beispiel ist der „Straßenbahnfall“, dem wir uns nun zuwenden wollen. Ihn hat der BGH zu Anlass genommen, das Schema des traditionellen Prüfungsaufbaus zu modifizieren.

Was war geschehen?

Der Kläger erlitt am 2. Juni 1951 beim Besteigen einer Straßenbahn einen Unfall, bei dem er den rechten Fuß verlor.

Nach seiner Behauptung war es zu dem Unfall gekommen, weil die Straßenbahn zu früh abgefahren sei. Der Schaffner habe das Abfahrtssignal gegeben und der Fahrer sei abgefahren, obwohl für beide erkennbar gewesen sei, dass er, der Kläger, noch im Begriffe gewesen sei, auf die vordere Plattform zu steigen. Auf das Notsignal des Schaffners habe der Fahrer nicht sofort gehalten.

Er verlangt von der beklagten Straßenbahngesellschaft Schadensersatz sowie Schmerzensgeld.

Die Beklagte machte hingegen geltend, der Kläger sei aus einer Gruppe von Wartenden plötzlich auf den bereits fahrenden Zug gesprungen. Außerdem sei er betrunken gewesen.

Welche der beiden Darstellungen richtig ist, konnte nicht mehr aufgeklärt werden.

Dem Kläger ging es also in erster Linie um eine Haftung der Straßenbahngesellschaft. Auch dies ist ein typisches Beispiel aus der Rechtswirklichkeit. Oft wird nicht der unmittelbare Schädiger in Anspruch genommen, sondern man hält sich über § 831 Abs. 1 BGB an den Geschäftsherrn. Der Grund hierfür liegt auf der Hand: Ein obsiegendes Urteil gegen den Schädiger ist wirtschaftlich oft wertlos, weil dieser nicht das Geld hat, um seiner Verpflichtung zum Schadensersatz nachzukommen. Der Geschäftsherr dagegen ist meistens reich.

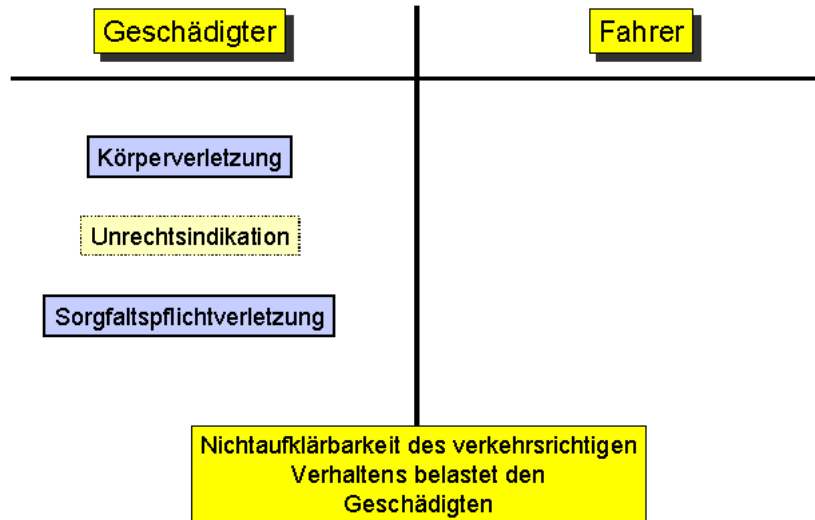
Der aufmerksame Leser wird sich vielleicht fragen, wozu dann der ganze Streit dient, denn die Haftung der Straßenbahngesellschaft ergibt sich doch bereits aus § 1 Haftpflichtgesetz (Schönfelder Nr. 33). Dies ist ein Tatbestand der

Gefährdungshaftung, bei dem es auf eine Sorgfaltspflichtverletzung ja gerade nicht ankommt. Dies ist vollkommen richtig, doch dem Kläger ging es im Straßenbahnfall auch um ein Schmerzensgeld, und dieses war damals nur über § 847 BGB in Verbindung mit einem Haftungstatbestand des BGB zu erlangen. Zumindest für das Schmerzensgeld kam es also auf die Haftung der Straßenbahngesellschaft aus § 831 Abs. 1 BGB an. (Das ist seit August 2002 anders. § 847 BGB ist gestrichen und als allgemeine Regel des Schadensrechts in § 252 Abs. 2 BGB übernommen worden. Danach kann es ein Schmerzensgeld auch bei Gefährdungshaftungen geben.)

Wir wollen zunächst, obwohl im Prozess nur die Straßenbahngesellschaft in Anspruch genommen wurde, die Haftung des Fahrers betrachten. Für ihn als den eigentlich Handelnden ist die einschlägige Anspruchsnorm § 823 Abs. 1 BGB. Nach dem traditionellen Prüfungsaufbau ist zunächst eine vom Fahrer verursachte Körperverletzung des Geschädigten erforderlich. Die Körperverletzung indiziert die Rechtswidrigkeit. Die Frage, ob der Fahrer eine Sorgfaltspflicht verletzt hat, stellt sich erst im Rahmen der Prüfung des Verschuldens, wenn untersucht wird, ob der Schädiger sich fahrlässig verhalten hat. Rechtsgutsverletzung und Sorgfaltspflichtverstoß müssen vom Geschädigten im Prozess dargelegt und bewiesen werden. Bleibt etwa die Frage nach dem Sorgfaltspflichtverstoß ungeklärt, verliert der Geschädigte den Prozess.

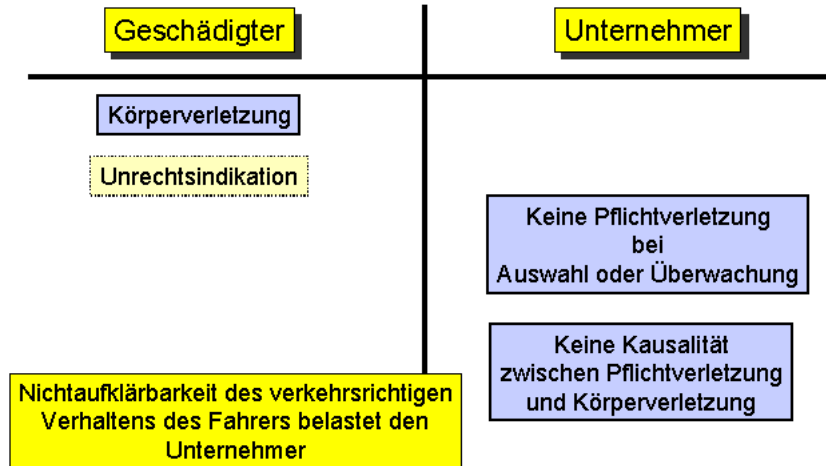
Man kann sich die Verteilung der Beweislast an einem Schema klar machen, das die Haftungsvoraussetzungen nach Maßgabe der Beweislast beim Geschädigten

oder dem Schädiger (hier dem Fahrer) ansiedelt. Für die Haftung des Fahrers sähe dies für die Rechtslage vor BGHZ 24, 21 sehr einfach aus:



Wendet man dieses Modell auf die Haftung des Geschäftsherrn nach § 831 Abs. 1 BGB an, so fällt das Element des Sorgfaltspflichtverstoßes beim Fahrer weg: § 831 Abs. 1 BGB spricht nur von dem Schaden, „den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt“. Es kommt also nach dem Wortlaut des Gesetzes auf das Verschulden des Fahrers nicht an. Es genügt vielmehr die Rechtsgutsverletzung durch den Verrichtungsgehilfen, die dann die Rechtswidrigkeit indiziert. Für die Verschuldensebene ist nur noch der Sorgfaltspflichtverstoß des Geschäftsherrn bei der Auswahl und Überwachung des Verrichtungsgehilfen entscheidend. Dieses sog. Auswahl- und Überwachungsverschulden wird in § 831 Abs. 1 S. 1 BGB zu Lasten des Geschäftsherrn vermutet. Er muss den Entlastungsbeweis führen (§ 831 Abs. 1 S. 2). § 831 Abs. 1 ist also ein Haftungstatbestand für vermutetes (Auswahl- und Überwachungs-) Verschulden.

Das Beweislastbild sieht für den Geschäftsherrn nach dem traditionellen Aufbau und vor BGHZ 24, 21 also wie folgt aus:



Bei dieser Zusammenstellung wird nicht auf den ersten Blick erkennbar, warum der Geschäftsherr nicht haftet, wenn er den Beweis für die Verkehrsrichtigkeit des Verhaltens des Gehilfen führen kann. Anscheinend spielt ja die Sorgfaltspflichtverletzung des Gehilfen gar keine Rolle mehr. Bei genauerer Analyse verbirgt sich die Relevanz der Verkehrsrichtigkeit des Gehilfenverhaltens hinter der Kausalität zwischen Überwachungs- und Auswahlpflichtverletzung und Körperverletzung. Wenn nämlich der Gehilfe sich verkehrsrichtig verhalten hat, kann sich das Auswahl- oder Überwachungsverschulden des Geschäftsherrn nicht ausgewirkt haben. Ein sorgfältig ausgewählter oder überwachter Gehilfe hätte sich auch nicht besser als verkehrsrichtig verhalten können.

Das Berufungsgericht ging im Straßenbahnfall noch von dem soeben dargestellten Modell aus:

Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte sei nach § 831 BGB für den Schaden des Klägers verantwortlich, weil der Straßenbahnfahrer, vielleicht auch der Schaffner des Motorwagens, die Körperverletzung widerrechtlich verursacht hätten und weil die Beklagte den Entlastungsbeweis des § 831 Abs 1 Satz 2 Fall 1 BGB für ihre Verrichtungsgehilfen nicht angetreten habe. Das Berufungsgericht ist auf Grund der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gekommen, dass der Hergang des Unfalls nicht aufzuklären sei. Es sei möglich, dass die Sachdarstellung des Klägers richtig sei, es sei aber auch möglich, dass sich der Unfall in der von der Beklagten geschilderten Weise abgespielt habe. Angesichts dieses negativen



Ergebnisse der Beweisaufnahme kann nach Ansicht des Berufungsgerichts die Möglichkeit eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem zu vermutenden Auswahl- und Überwachungsverschulden der Beklagten und dem eingetretenen Schaden nicht ausgeschlossen werden (§ 831 Abs 1 Satz 2 Fall 2 BGB).

Der entscheidende VI. Zivilsenat des BGH wollte jedoch von der Konsequenz, dass schon jede Rechtsgutsverletzung per se als widerrechtlich anzusehen ist, abrücken. Zu diesem Zweck legte er die Sache dem Großen Senat für Zivilsachen vor:

Der vorliegende VI. Zivilsenat trägt Bedenken, der Rechtsansicht des Berufungsgerichts zu folgen. Die Bedenken richten sich vor allem gegen die Auffassung, dass ein Verrichtungsgehilfe im Straßen- oder Eisenbahnverkehr einem anderen im Sinne des § 831 BGB schon dadurch rechtswidrig Schaden zufüge, dass er ihn körperlich verletze. Es wird zur Erwägung gestellt, ob nicht zur Begründung der Widerrechtlichkeit weiter gefordert werden müsse, dass sich der Verrichtungsgehilfe als Teilnehmer am Straßen- oder Eisenbahnverkehr objektiv ordnungswidrig (verkehrswidrig) verhalten habe. Zur Begründung wird auf die Rechtsordnungen über den Verkehrsablauf hingewiesen, die das Verhalten der Verkehrsteilnehmer in immer weiter gehendem Maße im Einzelnen regeln. Es wird ferner auf den Rechtsgedanken der sozialen Adäquanz und Entwicklungen in der modernen Strafrechtslehre Bezug genommen, insbesondere darauf, dass nach dieser Lehre der Fahrlässigkeitsbegriff wesentliche Erfordernisse umfasse, die zum Gebiet der Rechtswidrigkeit und nicht zur Schuld gehören. Werde das Rechtswidrigkeitssurteil bei Verkehrsunfällen nicht schon an den eingetretenen Erfolg, sondern erst an die Übertretung der für das Verhalten im Verkehr geltenden Rechtsregeln geknüpft, so liegt es nach Ansicht des Vorlagegerichts nahe, dass die bisherige Auffassung über die Beweislastverteilung bei Anwendung des § 831 BGB nicht mehr aufrecht erhalten werden kann. Insbesondere soll das für Fälle gelten, die die Gestaltung des Vorlagefalls aufweisen und eben dadurch gekennzeichnet sind, dass angesichts der fehlenden Aufklärung des Unfallgeschehens ein objektiv ordnungswidriges Verhalten des Verrichtungsgehilfen nicht festgestellt werden kann.

Der VI. Zivilsenat misst der Klärung dieser Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung zu. Er hat sie daher gemäß § 137 GVG zur Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen gestellt und wie folgt formuliert:

„Fügt ein Verrichtungsgehilfe im Straßen- oder Eisenbahnverkehr einem anderen im Sinne von § 831 Abs 1 BGB schon dadurch widerrechtlich Schaden zu, dass er dessen Leben, Körper, Gesundheit oder Eigentum verletzt? Oder ist zur Begründung der Widerrechtlichkeit weiter Voraussetzung, dass sich der angestellte Verkehrsteilnehmer im Verkehr objektiv ordnungswidrig (verkehrswidrig) verhalten hat? Haftet der Geschäftsherr, der sich für fehlendes Auswahl- oder Überwachungsverschulden nicht entlastet, auch dann gemäß § 831 BGB, wenn

nach der Beweisaufnahme die Möglichkeit offen geblieben ist, dass der Verrichtungsgehilfe die objektiven Sorgfaltspflichten eingehalten, insbesondere die Vorschriften des Straßen- oder Bahnverkehrs beobachtet hat?“

Hierüber hatte der Große Senat für Zivilsachen zu entscheiden:

1. Wenn § 831 BGB die Haftung des Geschäftsherrn davon abhängig macht, dass sein Verrichtungsgehilfe einem anderen in Ausführung der Verrichtung widerrechtlich Schaden zugefügt hat, so wird mit diesem Erfordernis an die Gesetzestatbestände des Deliktsrechts angeknüpft, in denen die zum Schadensersatz verpflichtenden unerlaubten Handlungen umschrieben und abgegrenzt werden. Nicht jede Schädigung soll die Haftung auslösen, sondern nur eine solche, die unter einen Haftungstatbestand des Deliktsrechts fällt und damit „unerlaubte Handlung“ im Sinne der §§ 823ff BGB ist. Damit ist für das hier in Frage stehende Gebiet der Verkehrsunfälle in erster Linie ein Zurückgreifen auf die Bestimmung des § 823 BGB, insbesondere dessen Absatz 1 erforderlich. Aus den im Straßen- und Eisenbahnverkehr immer wieder vorkommenden Verletzungen des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder des Eigentums werden Schadensersatzansprüche hergeleitet. Nun enthält auch die Bestimmung des § 823 Abs 1 BGB das Erfordernis, dass die Verletzung der aufgezählten Rechtsgüter widerrechtlich sein, also im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen muss. Der Gesetzgeber bringt aber dadurch, dass er den Unrechtstatbestand gesetzlich umschreibt, zum Ausdruck, dass er die Verletzung der in § 823 Abs 1 BGB genannten Rechtsgüter in der Regel als widerrechtlich ansieht. Durch den Zusatz „widerrechtlich“ weist er jedoch darauf hin, dass nicht notwendig mit der Verletzung schon die Rechtswidrigkeit gegeben ist, sondern dass diese aus besonderen Gründen entfallen kann. Man mag darüber streiten, ob dieser Hinweis erforderlich war. Sicher ist er für die Rechtsanwendung wertvoll, indem er den Richter darauf aufmerksam macht, dass jede tatbestandliche Umschreibung eines Unrechtsverhaltens notwendig unvollkommen und daher die Pflicht zur Prüfung ernst zu nehmen ist, ob nicht das zunächst bei Erfüllung des Tatbestandes nahe gelegte Urteil der Rechtswidrigkeit aus besonderem Grund zurückgenommen werden muss. Darüber, wann ein Rechtfertigungsgrund gegeben ist, hat das Bürgerliche Gesetzbuch keine erschöpfende Regelung getroffen. Die zunächst vorgesehene Bestimmung über die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund wurde bei der Gesetzesberatung wieder gestrichen, weil man es der Rechtsanwendung überlassen wollte, insoweit die Grenzen der Rechtfertigung abzustecken (Protokolle Band II S 578). Auch im Übrigen haben Rechtswissenschaft und Rechtsprechung erst nach und nach jene Grundsätze entwickelt, die etwa aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag, der Wahrung berechtigter Interessen oder der Güterabwägung zum Ausschluss der Rechtswidrigkeit herangezogen werden können. Es besteht also kein abgeschlossener gesetzlicher Katalog von Rechtfertigungsgründen im Sinne eines *numerus clausus*, der der Rechtsentwicklung von vornherein hinzunehmende Grenzen setzen würde. Deshalb ist ein Eingehen auf die Sache erforderlich, wenn der Vorlagebericht des

VI. Zivilsenats die Frage zur Erörterung stellt, ob nicht auf dem besonderen Gebiet des Straßen- und Eisenbahnverkehrs ein zwar äußerlich den Tatbestand des § 823 Abs 1 BGB erfüllendes Verhalten dann von dem Urteil der Rechtswidrigkeit freigestellt werden muss, wenn es im Einklang mit der gesetzlichen Ordnung des Straßen- oder Eisenbahnverkehrs gestanden hat.

Den in dieser Richtung angestellten Gedankengängen des Vorlagegerichts ist im Grundsatz zuzustimmen. Zwar mag der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht erkannt haben, dass hier Gesichtspunkte zur Erörterung stehen, die schon die objektive Rechtswidrigkeit und nicht nur die Schuld im Sinne einer persönlichen Zurechnung angehen. Erst mit der technischen Entwicklung des Verkehrs und der Steigerung der Verkehrsfahren zeichneten sich jene Probleme ab, die sich aus dem modernen Massenverkehr für die Rechtsordnung ergeben. Der Gesetzgeber wurde vor die Notwendigkeit gestellt, durch immer mehr ins einzelne gehende Rechtsvorschriften (Verkehrs- und Betriebsordnungen) die Pflichten der Verkehrsteilnehmer so zu regeln, dass die Gefahrenmöglichkeiten auf ein möglichst geringes Maß herabgesetzt wurden. Gleichzeitig wurden die Gesetzesbestimmungen über die Gefährdungshaftung ausgebaut, um die aus dem modernen Verkehr zwangsläufig sich ergebenden Gefahren und Risiken in ihrer wirtschaftlichen Auswirkung sozial angemessen zu verteilen. Dabei wurde in zunehmendem Maße erkannt, dass es sich hierbei nicht um eine Haftung für Unrecht handelt, sondern um eine den Beherrscher eines Gefahrenbereichs treffende Pflicht, für gewisse typische Gefährdungsfolgen seines Betriebs einzustehen (Esser JZ 1953, 129). Mit dieser Rechtsentwicklung ist eine Auffassung nicht mehr vereinbar, die im Deliktsrecht auch die unvermeidbaren Schädigungen des Straßen- und Eisenbahnverkehrs als rechtswidrige Körper- oder Eigentumsverletzungen ansieht und nur unter dem Gesichtspunkt fehlender Schuld die Schadenshaftung verneint. Indem die Rechtsordnung den gefährvollen Verkehr zulässt und den Teilnehmern an diesem Verkehr im Einzelnen vorschreibt, wie sie ihr Verhalten einzurichten haben, spricht sie auch aus, dass sich ein Verhalten unter Beachtung dieser Vorschriften im Rahmen des Rechts hält. Es geht nicht an, ein Verkehrsverhalten, das den Ge- und Verboten der Verkehrsordnung voll Rechnung trägt, trotzdem mit dem negativen Werturteil der Rechtswidrigkeit zu versehen. Hierfür gibt der eingetretene Erfolg keinen ausreichenden Grund her, da das Urteil der Rechtswidrigkeit im Sinne der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über unerlaubte Handlungen die zum Erfolg führende Handlung nicht unberücksichtigt lassen kann. Es ist daher der Satz aufzustellen, dass bei verkehrsrichtigem (ordnungsgemäßigem) Verhalten eines Teilnehmers am Straßen- oder Eisenbahnverkehr eine rechtswidrige Schädigung nicht vorliegt.

Dahingestellt mag bleiben, ob es sich bei diesem Ergebnis um einen Sonderfall der Anwendung des Rechtsgedankens der sogenannten sozialen Adäquanz handelt. Es braucht angesichts der Beschränkung der Fragestellung auf das Gebiet des Verkehrsrechts ebenfalls nicht darauf eingegangen zu werden, ob dasselbe Ergebnis auch dadurch zu gewinnen ist, dass auf die neuere Auffassung der

strafrechtlichen Dogmatik zurückgegriffen wird, die den Fahrlässigkeitsbegriff aufspaltet, indem sie die Prüfung der Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt zur Rechtswidrigkeit rechnet und nur die Frage der Zurechnung des missbilligten Verhaltens an den einzelnen Täter als Schuldprüfung versteht (Welzel, Deutsches Strafrecht, 5. Aufl S 104ff; derselbe, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 3. Aufl S 31ff; Henkel, Festschrift für Mezger 1954, 249 (282)). Bedenken müssten jedenfalls angemeldet werden, wenn dieser komplexe Fahrlässigkeitsbegriff der neueren Strafrechtslehre mit der Folgerung in das Zivilrecht übernommen würde, dass auch im Haftungsrecht stets unter dem Gesichtspunkt einer besonderen Schuldprüfung an das Verhalten des Schädigers ein individueller, die besondere Persönlichkeitsartung berücksichtigender Beurteilungsmaßstab anzulegen wäre (vgl Nipperdey, Festschrift für Alex Meyer, 1954, 95 (100); Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 1955, § 211 II). Damit wäre zwar äußerlich eine Harmonisierung der rechtlichen Begriffsbildung erreicht, aber den wesensgemäßen Unterscheidungen nicht Rechnung getragen, die sich aus der spezifischen Eigenart und Zwecksetzung zweier verschiedener Rechtsgebiete ergeben. Insbesondere würde diese Auffassung der Vorschrift des § 276 Abs 1 Satz 2 BGB, wie sie in der Rechtsanwendung stets verstanden ist, nicht gerecht (vgl Niese JZ 1956, 457 (465)).

2. Die Vorlagefrage macht nunmehr die Prüfung erforderlich, welche Folgerungen sich aus dem dargelegten Standpunkt für die Beweislastverteilung ergeben. Dabei ist zunächst der Hinweis zu wiederholen, dass der Gesetzgeber durch die Aufstellung einzelner Deliktstatbestände dem Richter die Prüfung erleichtern will, ob eine Unrechtshandlung vorliegt oder nicht. Anders als bei einer deliktischen Generalklausel, die der Wertung des Richters notwendig einen großen Spielraum lassen muss, geben die das haftungsbegründende Unrecht in kasuistischer Art umschreibenden Deliktstatbestände der §§ 823 bis 825 BGB der Rechtsanwendung eine feste Grundlage, indem sie das Rechtswidrigkeitsurteil zunächst nahe legen. So ist auch bei Verletzung der im § 823 Abs 1 BGB besonders genannten Rechtsgüter, die das Gesetz in bevorzugter Weise schützen will, die Heranziehung eines besonderen Rechtfertigungsgrundes erforderlich, wenn dargetan werden soll, dass eine Verletzung ausnahmsweise nicht das Unwerturteil der Rechtswidrigkeit verdient (Motive Band II S 726; RGZ 50, 60 (65); Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse 1954, S 912, 915). Das gilt unabhängig davon, ob die Verletzungshandlung von einem Verletzungsvorsatz getragen war. Dieses im System unserer Deliktsrechtsordnung begründete und in der Rechtsanwendung bewährte Verhältnis von Regel und Ausnahme hat gemäß den anerkannten Grundsätzen des Beweisrechts die Folge, dass dem Verletzer eines geschützten Rechtsguts der Beweis für das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes obliegt (RG SeuffArch 81, 50; RGZ 159, 235 (240); RG JW 1930, 3400). In dieser Hinsicht kann der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens im Straßen- und Eisenbahnverkehr keine Sonderstellung beanspruchen.

Diese Beweislastverteilung bedeutet bei der Anwendung des § 823 Abs 1 BGB auf Verkehrsunfälle, dass der Schädiger, indem er den Beweis für sein verkehrsrichtiges Verhalten antritt, das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes dartun kann. Ist der Beweis geführt, wird die Schuldprüfung gegenstandslos, weil es schon an einer rechtswidrigen Schadenszufügung fehlt. Ist dagegen die Frage des verkehrsrichtigen Verhaltens des Schädigers ungeklärt, so ist von einer rechtswidrigen Verletzungshandlung auszugehen. Die Haftungsfrage ist damit noch nicht entschieden. Denn § 823 Abs 1 BGB setzt weiter voraus, dass die Verletzungshandlung (vorsätzlich oder) fahrlässig war. Der Geschädigte muss also beweisen, dass der Schädiger (vorsätzlich oder) iS des § 276 Abs 1 Satz 2 BGB fahrlässig gehandelt, also die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Auch bei dieser Prüfung wird es natürlich wesentlich darauf ankommen, ob die Verhaltensvorschriften der Verkehrsordnung eingehalten sind. Dass die nämliche Frage des verkehrsrichtigen Verhaltens auf dem Gebiet der Rechtswidrigkeit und dem Gebiet der Schuld Bedeutung gewinnen kann, ist bedingt durch die Fassung und rechtliche Einordnung des Fahrlässigkeitsbegriffs, wie sie dem Bürgerlichen Gesetzbuch zugrunde liegen. Für die praktische Rechtsanwendung bleibt es bei dem Ergebnis, dass der Geschädigte die vollen Voraussetzungen des auf § 823 Abs 1 BGB gestützten Schadensersatzanspruchs beweisen muss und dass demgemäß - von den Fallgestaltungen des Beweises des ersten Anscheins abgesehen - eine mangelnde Aufklärung des Sachverhalts zu seinen Lasten geht.

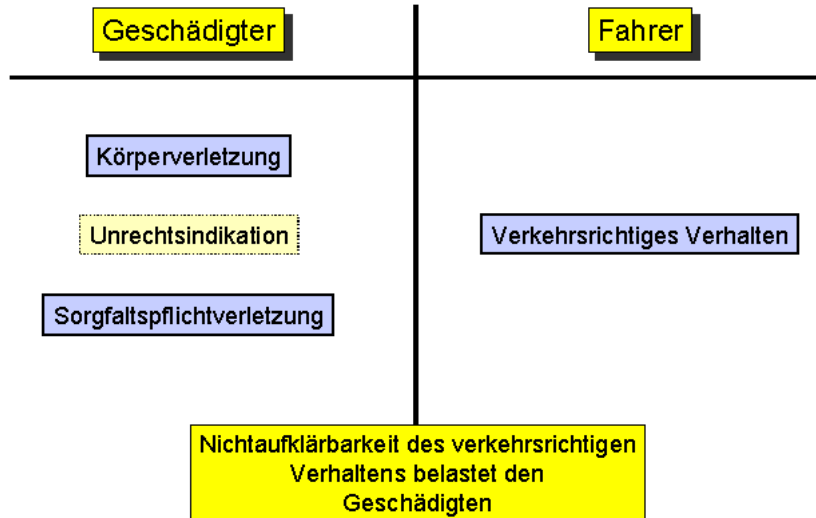
Anders ist die Beweislastverteilung bei Anwendung des § 831 BGB. Hier ist vom Gesetzgeber bewusst die Haftung des Geschäftsherrn nur davon abhängig gemacht, dass der Verrichtungsgehilfe rechtswidrig, nicht auch davon, dass er vorsätzlich oder fahrlässig den Schaden zugefügt hat. Es können also, soweit es sich um das Verhalten des Verrichtungsgehilfen handelt, nur die Beweislastgrundsätze zur Anwendung kommen, die die Ebene der Rechtswidrigkeit betreffen. Demgemäß muss der Geschädigte beweisen, dass der Verrichtungsgehilfe eines der im § 823 Abs 1 BGB geschützten Rechtsgüter durch eine adäquat ursächliche Handlung verletzt hat. Dem Geschäftsherrn obliegt dagegen der Beweis, dass das Verhalten des Verrichtungsgehilfen rechtmäßig (verkehrsrichtig) war, weil es der gesetzlichen Ordnung des Straßen- oder Eisenbahnverkehrs entsprach. Zweifel gehen insoweit zu Lasten des Geschäftsherrn. Andererseits fehlt es dann, wenn ein verkehrsrichtiges Verhalten des Verrichtungsgehilfen feststeht, bereits an einer Anspruchsvoraussetzung des § 831 BGB, so dass es nicht mehr eines Eingehens darauf bedarf, ob der Beweis des fehlenden ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem zunächst vermuteten Auswahl- oder Überwachungsverschulden und dem Schadenseintritt geführt werden kann (Entlastungsbeweis 2 des § 831 Abs 1 Satz 2 BGB). Unter dem letzteren Gesichtspunkt hatte das Reichsgericht die Haftung des Geschäftsherrn dann verneint, wenn zur Überzeugung des Richters feststand, dass auch ein sorgfältig ausgewählter und beaufsichtigter Angestellter in der gegebenen Lage nicht anders hätte handeln können (RGZ 135, 149 (155); 159, 312 (315)). Dass die

Erbringung des ersten Entlastungsbeweises des § 831 Abs 1 Satz 2 BGB ein Eingehen auf die Frage der rechtswidrigen Schädigung entbehrlich macht, versteht sich von selbst.

Es ist nicht zu verkennen, dass bei Verkehrsunfällen, die in ihrem Ablauf ungeklärt geblieben sind, die dargelegte Beweislastregelung den Geschädigten für den Fall besser stellt, dass der Verrichtungsgehilfe und nicht der Geschäftsherr selbst den Unfall verursacht hat. Im letzteren Falle wird die Haftung des Geschäftsherrn in der Regel ausscheiden, da ein Verschulden nicht festgestellt werden kann, bei Verursachung durch den Verrichtungsgehilfen dagegen haftet der Geschäftsherr, der den Entlastungsbeweis für fehlendes Auswahl- und Überwachungsverschulden nicht führen kann. Doch ist diese Betterstellung vom Gesetzgeber erkennbar gewollt, indem er, soweit das Verhalten des Verrichtungsgehilfen in Betracht kommt, geringere Anspruchsvoraussetzungen aufgestellt hat. Hierin liegt ein gewisser Ausgleich dafür, dass im Übrigen die Rechtslage des von einem Verrichtungsgehilfen Geschädigten infolge der möglichen und meist zum Zuge kommenden Entlastung recht ungünstig ist. Gerade wegen dieses Zusammenhangs geht es nicht an, den für den Geschädigten günstigen Teil der Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches über die deliktische Haftung für Hilfspersonen in der Rechtsanwendung beiseitezuschieben. Berücksichtigt man, dass in dieser Regelung - wenn auch unvollkommen - der Gedanke des Einstehens für ein Betriebsrisiko zum Ausdruck kommt, so ist es auch nicht unangemessen, demjenigen, aus dessen Bereich die Gefährdung hervorgegangen ist, eine Beweisführung über das Zustandekommen der Schädigung zuzumuten, zu der er zwar nicht immer, aber doch in der Regel eher in der Lage sein wird als derjenige, auf den das Ereignis zugekommen ist. Auch soweit es sich um die Beschaffung der „Vorrichtungen und Gerätschaften“ handelt, wozu die Verkehrsmittel zu rechnen sind, hat das Gesetz aus dem gleichen Grund dem Geschäftsherrn im Rahmen des § 831 BGB eine gesteigerte Aufklärungs- und Beweispflicht auferlegt. Steht die Würdigung des Verhaltens des Verrichtungsgehilfen zur Erörterung, muss zudem der Gesichtspunkt Beachtung finden, dass der Verrichtungsgehilfe - das ist der Sinn der Beweisumkehrung so lange als für seine Aufgabe ungeeignet anzusehen ist, bis der Geschäftsherr die Beachtung der im § 831 Abs 1 Satz 2 BGB näher umschriebenen Sorgfalt dargetan hat.

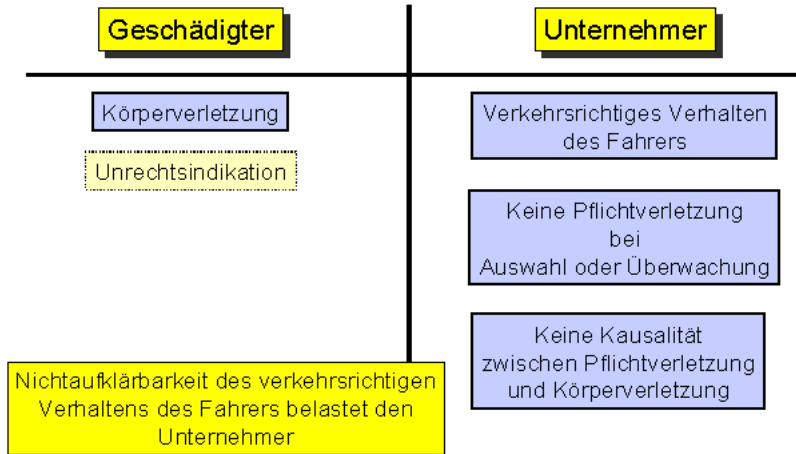
Der BGH führte also in BGHZ 24, 21 einen Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens ein. Damit war entschieden, dass nicht schon die bloße Rechtsgutsverletzung zur Rechtswidrigkeit des Verhaltens führt, sondern bei verkehrsrichtigem Verhalten des Schädigers die Rechtswidrigkeit entfällt. Durch

die dogmatische Einordnung als Rechtfertigungsgrund konnte jedoch die alte Beweislastverteilung aufrecht erhalten werden:

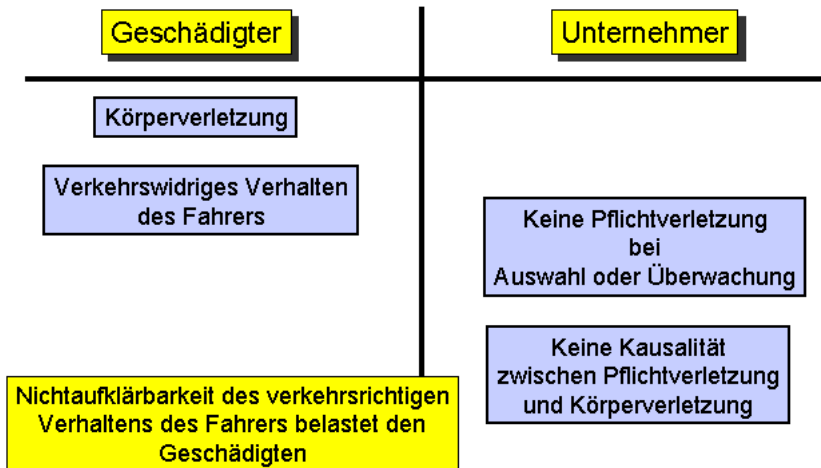


Das Ergebnis mag auf den ersten Blick überraschend erscheinen. Obwohl das verkehrsrichtige Verhalten auf der Seite des Fahrers liegt, wird nicht er durch die Nichtaufklärbarkeit belastet, sondern der Geschädigte. Das liegt allein daran, dass in der traditionellen Unrechtskonzeption wie in der Konzeption des vermittelnden Lösungsansatzes für unmittelbare Rechtsgutsbeeinträchtigungen das verkehrsrichtige Verhalten sowohl bei der Rechtswidrigkeit wie bei der Schuld eine Rolle spielt. Im Rahmen der Rechtswidrigkeit belastet die Nichtaufklärbarkeit des verkehrsrichtigen Verhaltens den Fahrer. Im Rahmen der Schuld, des nach § 276 Abs. 2 erforderlichen Sorgfaltspflichtverstoßes, belastet sie dagegen den Geschädigten. Im Ergebnis nützt es dem Geschädigten deshalb nichts, dass das Verhalten des Fahrers aus Beweislastgründen als rechtswidrig qualifiziert wird.

Die Beweislastverteilung bei der Haftung des Geschäftsherrn stellt sich nach dem traditionellen Prüfungsaufbau und der Modifikation durch BGHZ 24, 21 wie folgt dar:



Wie sieht die Beweislastverteilung bei der modernen Lösung aus?



Da zeigt sich nun ein Unterschied, wie er schärfer nicht sein kann. Nach der traditionellen und der vermittelnden Lösung gewinnt der Geschädigte den Prozess



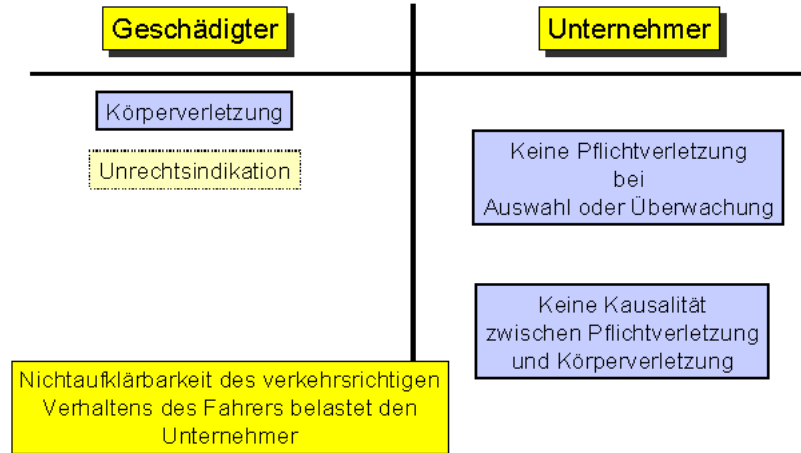
gegen den Geschäftsherrn, nach der modernen Lösung müsste er ihn verlieren, wenn die Frage nach dem verkehrsrichtigen Verhalten unbeantwortet bleibt.

Ob man dem Geschäftsherrn oder dem Schädiger die Beweislast für das verkehrswidrige Verhalten des Schädigers aufbürden soll, ist eine umstrittene Frage. Der BGH hat sich mit seiner Konstruktion für eine Privilegierung des Geschädigten bei Inanspruchnahme des Geschäftsherrn entschieden (Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rdnr. 290): Wird beispielsweise ein Fußgänger durch den Lieferwagen einer Apotheke verletzt und bleibt ungeklärt, ob der Fahrer sich verkehrsrichtig verhalten hat, so haftet der Inhaber der Apotheke dem Geschädigten nicht, wenn er selbst am Steuer saß. Die Klage des Fußgängers hätte dagegen Erfolg, wenn ein Gehilfe des Apothekers der Fahrer war. Kötz/Wagner halten dies für eine ungerechtfertigte Begünstigung des Geschädigten, für die kein Anlass bestehe. Die Beweislastumkehr in § 831 Abs. 1 BGB dürfe nur so weit gehen, wie die internen Verhältnisse des Geschäftsbetriebes, in die der Geschädigte regelmäßig keinen Einblick hat, betroffen sind. Hierzu gehören zwar Auswahl und Überwachung des Gehilfen, nicht aber die Frage seines verkehrsrichtigen Verhaltens.

Schließt man sich der Ansicht von Kötz/Wagner an, so bietet der moderne Prüfungsaufbau ein geschlossenes Bild, ohne dass es der umständlichen Konstruktion des verkehrsrichtigen Verhaltens als Rechtfertigungsgrund bedarf.

Wünscht man hingegen im Rahmen der modernen Lösung die Beweislast für das verkehrsrichtige Verhalten des Gehilfen beim Geschäftsherrn, muss man zu einer Korrektur des § 831 Abs. 1 BGB greifen und auf die Voraussetzung der

Rechtswidrigkeit der durch den Gehilfen erfolgten Schädigung verzichten. Dann ergäbe sich die folgende Beweislastverteilung:



Wie schon beim ursprünglichen traditionellen Bild taucht jetzt das verkehrsrichtige Verhalten des Gehilfen in der Übersicht nicht mehr auf. Gleichwohl steckt in der Kausalität zwischen Pflichtverletzung des Geschäftsherrn bei Auswahl und Überwachung des Gehilfen das gesuchte Kriterium: Kann der Geschäftsherr beweisen, dass der Gehilfe sich verkehrsrichtig verhalten hat, fehlt es an der Kausalität zwischen dem vermuteten Auswahlverschulden und der Körperverletzung. Auch ein pflichtgemäß ausgewählter und überwachter Gehilfe konnte sich nicht anders als verkehrsrichtig verhalten.

### 3. Die Pflichtverletzung

Das zentrale Moment der Unrechtshaftung ist die Pflichtverletzung. Die Pflicht ist ein Gebot zu alternativem Verhalten. Sie kann Elemente der Tatbestandmäßigkeit, der Rechtswidrigkeit und der Schuld erfassen. Auf der Tatbestandsebene ist sie angesiedelt, wenn es um die Frage des „Angesprochenseins“ geht, die man herkömmlich mit dem Begriff der Garantenstellung umschreibt. Der eigentliche Kernbereich der Pflicht liegt in der Begründung der Rechtswidrigkeit. Für die Schuld bleibt nur etwas übrig, wenn man die Unterscheidung von äußerer und innerer Sorgfalt mitmacht.

Allgemein gesprochen mündet die Begründung einer Pflicht immer in die Abwägung widerstreitender Interessen. Auf der einen Seite steht die Handlungsfreiheit des in Pflicht zu Nehmenden. Sie wird notwendig eingeschränkt, wenn man eine Pflicht begründet. Auf der anderen Seite steht der Rechtsgüterschutz dessen, der durch allzu große Freiheiten anderer bedroht wird. Letztendlich entscheiden wir bei der Pflichtbegründung über die Zumutbarkeit des Handlungs- und Verhaltensverzichts (des Aufwands für alternatives Verhalten) im Hinblick auf den Wert der durch ein Verhalten bedrohten und nicht anderweit zu schützender Rechtsgüter anderer.

#### 4. Elemente der Pflichtbegründung

Man kann die Elemente der Pflichtbegründung weiter ausdifferenzieren und die Stufen der Garantenstellung, der Vermeidbarkeit der Rechtsgutsverletzung, der Vorhersehbarkeit der Rechtsgutsverletzung und der Zumutbarkeit der Schadensabwehr unterscheiden.

##### *a. Garantenstellung*

Sie ist die erste Ebene in der Feststellung einer Pflichtverletzung, in der es darum geht, wer, bzw. im Rahmen der gutachtlichen Prüfung eines Schadensersatzanspruchs, ob gerade die in Anspruch genommene Person für die Abwendung des Schadenseintritts verantwortlich ist. Steht das „Angesprochensein“ in einer Person fest, so hängt ihre Ersatzpflicht nur noch von den Faktoren der Vermeidbarkeit und der Zumutbarkeit ab. Es ist also entscheidend, nach welchen Kriterien sich das „Angesprochensein“ im Rechtssinne, die sog. Garantenstellung, bestimmt. Dieser Begriff, der nicht mit der strafrechtlichen Garantenstellung identisch ist, wird in der Literatur und in der Rechtsprechung oft nur im Zusammenhang mit einem Unterlassen gebraucht. Die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen ist jedoch im Zivilrecht nicht fruchtbar, denn es geht immer um Handlungs- und Verhaltenspflichten, nämlich sich so zu verhalten, dass die Rechtsgutsverletzung bzw. im Vertragsrecht die Vertragsverletzung nicht eintritt.

Aus den allgemeinen Hilfs- und Anzeigepflichten, wie sie sich aus den §§ 323c, 138 StGB begründen, erwächst nach der h.M. in der Literatur und der Rechtsprechung keine zivilrechtliche Garantenstellung.

**Beispiel:** A wird mit seinem Wagen von einem Unbekannten von der Straße abgedrängt und bleibt schwer verletzt im Straßengraben liegen. B kommt an der Unfallstelle vorbei, hilft dem A jedoch nicht. A verlangt von B Schadensersatz und

Schmerzensgeld, weil ihm ein Bein amputiert werden musste, das gerettet worden wäre, wenn B sofort einen Rettungswagen verständigt hätte.

Die Haftung wird von der h.M. mit der Begründung abgelehnt, dass die §§ 323c, 138 StGB nicht dem Schutz von Individualrechtsgütern dienen (hierfür sind die einschlägigen Strafvorschriften, z.B. § 223 StGB zuständig), sondern für jedermann eine Pflicht zur Mitwirkung bei der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung aufstellten. Dies zeige sich auch daran, dass die Bestrafung nach § 323c, 138 StGB unabhängig von den Folgen der Unterlassung erfolge. Die Gegenmeinung argumentiert, dass die §§ 323c, 138 StGB zwar in erster Linie das öffentliche Interesse, daneben aber auch die individuellen Rechtsgüter der betroffenen Personen schützten. Die gleiche Kontroverse gibt es bei der Frage, ob §§ 323c, 138 StGB Schutzgesetze i.S. des § 823 Abs. 2 BGB sind.

Unter besonderen Umständen, in denen eine sittliche Pflicht zum Handeln besteht (z. B. Lebens- und Leibesgefahr) und Schädigungsvorsatz nachweisbar ist, kommt eine Haftung aus § 826 BGB in Betracht.

Wenn es eine allgemeine deliktsrechtliche Pflicht, fremde Personen oder Sachen vor Schaden zu bewahren, nicht gibt, so fragt sich, was die Kriterien der Garantenstellung sind, in der solche Pflichten begründet sind. Die Kriterien bestimmen sich prinzipiell parallel zum Strafrecht. Danach ist zu unterscheiden zwischen Obhutspflichten, bei denen bestimmte Rechtsgüter vor einer unbestimmten Vielzahl von Gefahren zu schützen sind, und den Sicherungs- oder Gefahrabwendungspflichten, bei denen es um den Schutz einer unbestimmten Vielzahl von Rechtsgütern vor einer bestimmten Gefahr geht.

### *b. Obhutspflichten*

Obhutspflichten leiten sich aus der natürlichen Verbundenheit zwischen zwei Personen (zum Beispiel Ehegatten, nahen Angehörigen), aus besonderen Gemeinschaftsbeziehungen (Gefahren- und Betriebsgemeinschaften, Kameradschaftspflicht aus § 12 Soldatengesetz), aus gesetzlicher Anordnung, sowie aus einer besonderen Berufs- oder Amtsposition ab (z.B. Hilfespflicht der Polizei, Rettungspflicht des Bademeisters).

Außerdem kann man Obhutspflichten natürlich vertraglich übernehmen (Verwahrungsvertrag, Bergführer). Dann tritt neben die aus dem Vertrag resultierende Haftung noch die deliktische. Das Nebeneinander kann bedeutsam werden, wenn der Vertrag unwirksam ist. Denn hiervon wird die deliktische

Haftung nicht berührt. Sie hängt nur von der tatsächlichen Übernahme der Obhut ab und beruht darauf, dass der andere Teil sich im berechtigten Vertrauen auf die Zusage in die Obhut des Vertragspartners begeben hat.

**Beispiel:** Bergführer B verpflichtet sich A gegenüber zur Durchführung einer Bergtour. Neben die vertraglichen Pflichten des B tritt eine deliktische Obhutspflicht, die vom Bestand des Vertrages unabhängig ist und nur davon abhängt, dass A sich berechtigterweise im Vertrauen auf B's Zusage in dessen Obhut begibt. Verletzt sich A auf Grund einer Obhutspflichtverletzung des B, so kann A vertragliche und deliktische Ansprüche geltend machen. Fallen die vertraglichen Ansprüche aus irgendeinem Grunde weg, bleiben die deliktischen unberührt.

*c. Sicherungspflichten, insbesondere die Verkehrssicherungspflichten*

Das Gesetz selbst stellt einige Sicherungspflichten explizit auf, so die Haftung aus §§ 831 Abs. 1, 832 Abs. 1 BGB, die Nutztierhaftung aus § 833 Satz 1 und 2 BGB sowie die Haftung bei Gebäudeeinsturz (§§ 836-838 BGB).

In allen Fällen geht es um die Beherrschung einer Gefahrenquelle und den Schutz fremder Rechtsgüter vor Beeinträchtigungen durch die Gefahr. Man kann diesen Gedanken der Gefahrbeherrschung verallgemeinern zu der sog. allgemeinen Verkehrssicherungspflicht. Danach muss jeder, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle schafft oder andauern lässt, diejenigen ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen treffen, die zur Abwendung der daraus Dritten drohenden Gefahren für die in § 823 Abs. 1 bezeichneten Lebensgüter und Rechte notwendig sind.

Aus diesem Grundsatz haben sich im Laufe der Zeit durch Rechtsprechung und Literatur zahlreiche Einzelpflichten herausgebildet, die kaum noch zu überschauen, geschweige denn für den Studenten in ihrem Umfang zu lernen sind. Dies wäre auch wenig effektiv, denn das Leben schafft ständig neue Situationen, für die es neue Verkehrssicherungspflichten zu entwickeln gilt. Das Handwerkszeug hierzu ist ein grobes Gerüst der wichtigsten Anknüpfungspunkte für Verkehrssicherungspflichten, sowie ein Zumutbarkeitsmaßstab für die Entscheidung des Einzelfalles, den wir weiter unten unter der Überschrift Zumutbarkeit diskutieren wollen.

Als hauptsächliche Anknüpfungspunkte für Verkehrssicherungspflichten haben sich herausgebildet:

Die Verkehrseröffnung. Wer für andere in Gebäuden, auf Grundstücken oder Straßen einen Verkehr eröffnet, zulässt oder andauern lässt, ist für die Sicherheit des Verkehrs verantwortlich. Dazu gehört insbesondere, dafür zu sorgen, dass die Verkehrsteilnehmer vor nicht ohne weiteres erkennbaren Gefahren geschützt oder gewarnt werden.

**Beispiele:** Der Eigentümer eines Kaufhauses, der Gastwirt, die Gemeinde müssen dafür sorgen, dass niemand in ihren Gebäuden in seinen Rechtsgütern verletzt wird.

Ähnliches gilt auch für die Einwirkung auf einen bestehenden Verkehr, die auch schon in der bloßen Teilnahme liegen kann. Hieraus wurde insbesondere für die Teilnahme am Straßenverkehr ein ganzer Katalog von Verkehrssicherungspflichten entwickelt (vgl. nur die Inhaltsübersicht in MünchKomm/Wagner, § 823 Vierter Teil: Konkretisierte deliktische Sorgfaltspflichten).

Eine weitere wichtige Gruppe ist das Inverkehrbringen von Sachen, aus der sich mittlerweile die Produzentenhaftung herausgebildet hat. Wir werden auf die Produzentenhaftung und ihr Verhältnis zur Produkthaftung in einem eigenen Abschnitt eingehen.

Auch die sonstige Schaffung oder Beherrschung von Gefahrenquellen kann, neben den schon gesetzlich bezeichneten Fällen, zur Begründung einer Verkehrssicherungspflicht führen.

So z.B. das Hantieren mit Schusswaffen oder Feuerwerkskörpern; aber auch die Einrichtung und Unterhaltung einer Baustelle: Der Bauherr ist verpflichtet, dafür zu sorgen, dass niemand - insbesondere nicht Kinder - die Baustelle betreten und sich an herumliegenden scharfkantigen Gegenständen verletzen.

Die Übertragung von Verkehrssicherungspflichten auf Dritte (z.B. auf den Arbeitnehmer oder ein Unternehmen, Übertragung der Streupflicht der Gemeinde per Satzung auf die Anlieger, vom Hauseigentümer auf den Mieter etc.) ist möglich, doch kann sich der Erstgarant nicht vollständig von seiner Pflicht befreien. Vielmehr verbleibt bei ihm zumindest eine Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und Überwachung. Auch dieser Rechtsgedanke hat eine Ausprägung im Gesetz gefunden, nämlich im § 831 Abs. 1 BGB.

*d. Garantenpflicht kraft Übernahme vom Erstgaranten*

Eine Garantenstellung kann sich auch daraus ergeben, dass eine Person sich einer anderen (sog. Erstgarant) gegenüber vertraglich verpflichtet, deren Garantenpflicht zu übernehmen. Fraglich ist, an welche Voraussetzungen das Entstehen der Garantenpflicht des Übernehmers gebunden ist.

Bei den gesetzlichen Tatbeständen der Übernahme einer Garantenpflicht ist dies noch relativ einfach zu beantworten: §§ 831 Abs. 2, 832 Abs. 2 und 834 BGB setzen voraus, dass die jeweilige Aufsichts- oder Gefahrenabwendungspflicht „durch Vertrag“ übernommen wird, während § 838 BGB einen solchen nicht verlangt. Nach der überwiegenden Meinung, die sich auf den Wortlaut beruft, entfällt die Garantenstellung und damit die Haftung aus §§ 831 Abs. 2, 832 Abs. 2 und 834, wenn der Übernahmevertrag unwirksam ist und die Übernahme der Aufsicht nur tatsächlich erfolgte.

**Beispiel:** Die 17-jährige S arbeitet ohne Zustimmung ihrer Eltern bei den Eheleuten E als Babysitterin, während diese im Theater sind. Damit übernimmt S eine schon bestehende Aufsichtspflicht der Eltern E. Fügt das Kind auf Grund einer Unaufmerksamkeit der S einem Dritten einen Schaden zu, so haftet S nach der h.M. nicht. Nach der gleich noch vorzustellenden Minderansicht haftet sie jedoch aus § 832 Abs. 2 trotz Unwirksamkeit des Dienstvertrages, wobei ihre Minderjährigkeit nur über § 828 Abs. 2 berücksichtigt wird.

Bereits für diese Tatbestände und erst recht bei einer Garantenpflicht, deren Übernahme nicht unter eine der genannten Vorschriften fällt, erklärt eine Gegenmeinung die Wirksamkeit des Vertrages für unbeachtlich und macht die deliktische Haftung allein von der tatsächlichen Übernahme vom Erstgaranten abhängig, wenn der Erstgarant aus Erklärungen oder aus dem Verhalten des Übernehmers berechtigterweise den Schluss ziehen durfte, dass dieser an seiner Stelle die Erfüllung der Verkehrssicherungsobliegenheit übernehmen würde. Es geht bei der Übernahme von Garantenpflichten immer um die Übernahme deliktischer Pflichten, die dem Erstgaranten bereits obliegen. Nicht etwa sind die Vertragsverletzungen des Übernehmers gegenüber dem Erstgaranten, sondern nur die Verletzung der übernommenen, dem Dritten gegenüber obliegenden Pflicht, sind die Grundlage für den deliktischen Anspruch des geschädigten Dritten.

Dies verdeutlicht das sog. „Gasbadeofenurteil“ des Reichsgerichts von 1929 (RGZ 127, 14).

Ein Hausbesitzer hatte im Badezimmer Gasgeruch festgestellt und einen Handwerker mit der Untersuchung des Gasbadeofens beauftragt. Dieser übersah

bei der Reparatur durch Nachlässigkeit eine verschlossene Abzugsklappe. Das Dienstmädchen nahm am darauf folgenden Tag ein Bad und erstickte dabei. Die Mutter der Verstorbenen macht Ansprüche aus § 844 BGB geltend.

Hier kommt es auf eine deliktische Garantenpflicht des Handwerkers gegenüber dem Dienstmädchen an. Denn nur dann kann die Mutter aus § 844 BGB Ansprüche geltend machen. Im Bereich der Vertragshaftung steht im Falle der Tötung den Angehörigen kein eigener Anspruch, sondern nur der geerbte Schadensersatzanspruch des Geschädigten zu. Dieser aber dürfte mangels eines Schadens (des Gestorbenen wohlgemerkt) leer laufen. Deshalb fällt auch in diesem Falle ein Anspruch aus Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte aus, obwohl sich das Dienstmädchen zweifellos im Schutzbereich des Werkvertrages befand. Das Reichsgericht führte hierzu aus,

„dass, wer fahrlässig eine gegenüber einem anderen übernommene Vertragspflicht nicht erfüllt, deren Verletzung geeignet ist, das Leben eines Dritten zu gefährden, sich einer unerlaubten Handlung dem Dritten gegenüber schuldig macht“.

Dies ist in der Begründung falsch, weil aus der Verletzung einer Vertragspflicht auf einen deliktischen Schadensersatzanspruch gefolgert wird. Der Anspruch der Mutter besteht nur dann, wenn der Handwerker dem Hausbesitzer gegenüber dessen deliktische Sicherungspflicht gegenüber dem Dienstmädchen übernommen hat. Dies ist nach den heutigen Grundsätzen über die Verkehrssicherungspflicht zu bejahen. Der Hausbesitzer hatte gegenüber allen Hausbewohnern eine Verkehrssicherungspflicht bezüglich häuslicher Gefahrenquellen. Bezüglich des Gasbadeofens hatte er diese, als er den Gasgeruch bemerkte, mangels Fachkundigkeit an den Handwerker übertragen. Die so übernommene Verkehrssicherungspflicht hat der Handwerker verletzt. Somit war das Urteil des Reichsgerichts im Ergebnis richtig.

Der Haftungsgrund für die Haftung des Übernehmers liegt, wie Ulmer in JZ 1969, 174 zutreffend formuliert,

„in dem Umstand, dass der Rechtsverkehr es dem Erstgaranten freistellt, die Erfüllung der Obliegenheiten einem anderen zu übertragen und ihn in diesem Fall zur sorgfältigen Auswahl und Überwachung verpflichtet. Dieser Entlastungsmöglichkeit des Erstgaranten muss aber die Ausdehnung der deliktsrechtlichen Handlungspflichten auf denjenigen entsprechen, auf den sich der Erstgarant berechtigterweise verlassen darf, wenn nicht eine Lücke im deliktischen Rechtsschutz entstehen soll. Entscheidende Voraussetzung für die Übernehmerhaftung ist daher der Umstand, dass der Übernehmer die objektiv berechnete Erwartung des Erstgaranten auf seine Tätigkeit begründet“.



Umstritten ist jedoch, ob es die Garantenstellung kraft Übernahme vom Erstgaranten für alle und, wenn nein, für welche Garantepflichtigen es sie gibt.

Unbestritten ist die Übernahmemöglichkeit lediglich bei den (Verkehrs-)Sicherungspflichten, auch neben den gesetzlichen Übernahmetatbeständen (§§ 832 Abs. 2, 831 Abs. 2, 834, 838). Überträgt beispielsweise ein Straßenanlieger seine Reinigungs- und Streupflichten auf einen Unternehmer, so ist dieser bei Vernachlässigung der Pflicht dem hierdurch Geschädigten unmittelbar deliktisch verantwortlich.

Ob dies uneingeschränkt auch für die Übernahme von Obhutspflichten gilt, ist fraglich, jedoch zu bejahen. Denn auch hier erweckt der Übernehmer beim Erstgaranten die berechnete Erwartung auf seine Tätigkeit, die den Erstgaranten von seiner deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit freistellen kann und deswegen zur Vermeidung von Haftungslücken zur Garantepflicht des Übernehmers führt. So wird auch niemand bezweifeln, dass der Babysitter dem Kind gegenüber deliktisch verantwortlich ist, wenn es auf Grund Vernachlässigung der Aufsicht verletzt wird (der Babysitter übernimmt also die Sicherungspflicht per legem § 832 Abs. 2 und die Obhutspflicht kraft Übernahme).

Wir nähern uns nun allmählich einem Problem innerhalb der Frage der Garantepflicht, das näher zu beleuchten sich lohnt, weil man hier die Grundprinzipien des Haftungsrechts zur Argumentation heranziehen und gut veranschaulichen kann.

Bis jetzt ging es uns bei der Betrachtung der Übernahme einer fremden Garantepflicht immer nur um die Übernahme durch einen selbständigen „Unternehmer“, wobei hierunter jeder zu verstehen ist, der seinen Erwerb damit betreibt, gegen Entgelt fremde Garantepflichten zu übernehmen. Auch die babysittende Schülerin gehört hierher. Auch das Modell der §§ 832 Abs. 2, 831 Abs. 2, 834, 838 geht von dieser Form der Pflichtenübernahme aus.

Nun kommt es aber sehr oft vor, dass auch abhängig beschäftigte Arbeitnehmer, im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit für den Geschäftsherrn, Dritte, zu denen möglicherweise noch der Arbeitgeber, jedenfalls aber nicht der schädigende Arbeitnehmer vertragliche Beziehungen hat, in ihren Rechtsgütern verletzen. Es stellt sich die Frage der sog. Außenhaftung, d.h. ob der Arbeitnehmer dem Geschädigten deliktisch haftet, oder ob die Haftung ausschließlich auf den Geschäftsherrn zu kanalisieren ist.

*e. Die Außenhaftung des Arbeitnehmers*

Hierzu sollte man sich zunächst überlegen, dass das Arbeitsverhältnis ein Rechtsverhältnis besonderer Art ist. Es ist beispielsweise geprägt von einem gegenseitigen Vertrauensverhältnis, aber auch von einer Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmer wird nicht im eigenen, sondern im fremden Interesse tätig (das Gelderwerbsinteresse des Arbeitnehmers ist nur der Grund, warum er überhaupt tätig wird, seine Tätigkeit selbst aber geschieht im Interesse des Arbeitgebers). Nun gibt es Tätigkeiten, bei denen erfahrungsgemäß auch einem sorgfältigen Arbeitnehmer Fehler unterlaufen können, die zwar vermeidbar sind, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit gerechnet werden muss. Es wäre nicht gerecht, müsste der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber oder einem anderen Geschädigten den Schaden aus eigener Tasche ersetzen. Dem Arbeitgeber wäre nämlich, hätte er selbst Hand angelegt, früher oder später bei solcher so genannter „gefahr geneigter Arbeit“ ebenfalls ein Missgeschick passiert. Aus diesem Grund hat die Rechtsprechung schon früh ein abgestuftes Haftungsschema entwickelt, wonach der Arbeitnehmer bei Vorliegen einer gefahrgeneigten Arbeit dem Arbeitgeber je nach Fahrlässigkeitsgrad nicht oder nur teilweise haftet. Außerdem hat der Arbeitnehmer unter den gleichen Voraussetzungen einen Freistellungsanspruch gegen seinen Arbeitgeber, wenn er einem Dritten gegenüber schadensersatzpflichtig wird. In der neueren Entwicklung hat die Rechtsprechung die besondere Voraussetzung der gefahrgeneigten Arbeit aufgegeben. Das besondere Haftungsschema gilt für alle Arbeitnehmer, die Schäden bei der Arbeit anrichten.

Es wäre nun denkbar, diesen Gedanken auch auf die Außenhaftung von Arbeitnehmern zu übertragen, d.h. die Eigenhaftung des Arbeitnehmers entfallen zu lassen und die Haftung auf den Arbeitgeber als Organisationsträger zu kanalisieren. Die rechtliche Konstruktion wäre, nicht den Arbeitnehmer, sondern nur den Arbeitgeber als Träger der Garantspflicht und damit als schadensersatzpflichtig anzusehen. Für einen solchen Wegfall der Außenhaftung des Arbeitnehmers spricht vor allem, dass der Arbeitnehmer nicht im eigenen Interesse tätig wird, trotzdem aber möglicherweise ruinösen Schadensersatzforderungen ausgesetzt werden kann, obwohl hauptsächlich dem Arbeitgeber die Früchte der Arbeit zugeflossen sind. Der erwähnte Freistellungsanspruch hilft nicht immer. Der Arbeitgeber kann insolvent werden.

Für die Rechtsprechung kommt eine solche Lösung jedoch erklärtermaßen nicht in Betracht, wie der folgende, auch wegen der Darstellung der einzelnen Auslegungsmethoden lesenswerte, Entscheidungsauszug zeigt:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 19.09.1989, Az: VI ZR 349/88

Leitsatz

1. Zu Lasten außerhalb des Arbeitsverhältnisses stehender Dritter ist für eine Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers nach Maßgabe der in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur gefahrgeneigten Arbeit kein Raum.
2. Zur Haftung des Arbeitnehmers für die Beschädigung eines geleasteten Betriebsmittels bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers.

Fundstelle

BGHZ 108, 305-319 (LT)

JA 1990, 123-126 (ST)

JuS 1990, 508-509, Reuter, Dieter (Entscheidungsbesprechung)

Tatbestand

Die klagende GmbH, eine Autohandlung, hat im Jahre 1983 dem damaligen Arbeitgeber des Beklagten, der R.-AG, im Wege des Leasings einen Pkw zur Nutzung überlassen. Die R.-AG stellte das Fahrzeug dem Beklagten zur Verfügung, der als Verkaufsrepräsentant im Angestelltenverhältnis für sie tätig war. Ihm war vertraglich die Benutzung des Wagens auch für private Zwecke, für Urlaubsfahrten nach Genehmigung des Bereichsleiters, gestattet.

In den frühen Morgenstunden des 26. Oktober 1985 verlor der Beklagte auf einer Dienstreise, möglicherweise infolge Reifglätte, die Kontrolle über den Wagen und geriet gegen eine Leitplanke. Der Klägerin entstand ein Schaden von 7.893,50 DM. Die R.-AG ist zahlungsunfähig.

Das Landgericht hat die gegen den Beklagten gerichtete Schadensersatzklage der Klägerin mit der Begründung abgewiesen, dass der Beklagte den Unfall nur leicht fahrlässig verursacht habe und deshalb nach den Grundsätzen der gefahrgeneigten Arbeit auch im Verhältnis zu der Klägerin von der Haftung frei sei. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht der Klage stattgegeben. Mit seiner - zugelassenen - Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat dargelegt, dass der Beklagte das Kraftfahrzeug der Klägerin fahrlässig beschädigt habe, und sich auf den Standpunkt gestellt, dass er infolgedessen zum Schadensersatz verpflichtet sei. Für eine Haftungsbeschränkung nach den Grundsätzen der gefahrgeneigten Arbeit sei im Verhältnis zu der Klägerin kein Raum.

II. Das Berufungsurteil hält der revisionsgerichtlichen Überprüfung stand.

1. Die Überlassung eines Kraftfahrzeugs an einen anderen im Wege des Leasings ändert, auch wenn der Leasingnehmer damit alleiniger Halter des Fahrzeugs wird, nichts daran, dass der Leasinggeber als Eigentümer bei Beschädigung des Fahrzeugs den Schädiger auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann (vgl. etwa Senatsurteil BGHZ 87, 133, 138). Die Annahme des Berufungsgerichts, dass der Beklagte i.S. des § 823 Abs. 1 BGB das Eigentum der Klägerin an dem Kraftfahrzeug fahrlässig verletzt habe, begegnet keinen durchgreifenden Bedenken. Die Fahrlässigkeit des Beklagten ergibt sich, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei dargelegt hat, nach den Grundsätzen des sog. Anscheinsbeweises. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass einem Kraftfahrer, der mit dem von ihm geführten Kraftfahrzeug von der Fahrbahn abkommt, ein bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt vermeidbarer Fahrfehler zur Last fällt (vgl. etwa Senatsurteil vom 19. November 1985 - VI ZR 176/84 - NJW-RR 1986, 383, 384 m.w.N.). Soweit in Betracht kommt, dass der Beklagte die Kontrolle über das Fahrzeug infolge Straßenglätte verloren hat, könnte dies den Anscheinsbeweis nur entkräften, wenn die Straßenglätte unvorhersehbar gewesen wäre (vgl. Senatsurteil vom 15. Mai 1971 - VI ZR 17/69 - VersR 1971, 842, 843 m.w.N.). Das war jedoch angesichts der auf die Gefahr von Glätte hinweisenden Beschilderung vor der Unfallstelle in Verbindung mit der Tages- und Jahreszeit, zu der sich der Unfall ereignet hat, nicht der Fall. In dieser Hinsicht wird das Berufungsurteil im Übrigen auch von der Revision nicht in Frage gestellt.

2. Für die Entscheidung des vorliegenden Falles kann dahinstehen, ob und ggfls. inwieweit der Beklagte nach der Rechtsprechung zur gefahrgeneigten Arbeit von einer Haftung gegenüber der R.-AG als seiner Arbeitgeberin frei wäre (s. näher zuletzt BAG Urteil vom 24. November 1987 - 8 AZR 524/82 - VersR 1988, 946, 947f.) bzw. ob und ggfls. inwieweit er bezüglich des hier geltend gemachten Schadensersatzanspruches der Klägerin einen Freistellungsanspruch gegen seine Arbeitgeberin hat, wie ihn die Rechtsprechung bei Schädigung eines Dritten unter den nämlichen Voraussetzungen (gefahrgeneigte Arbeit) zugesteht (s. schon BAGE 5, 1, 8). Der Bundesgerichtshof hat bereits im Jahre 1959 ausgesprochen, dass diese Rechtsprechung Haftpflichtansprüche außerhalb des Betriebsorganismusses stehender Dritter nicht beschränke und die geltende Rechtsordnung einen allgemeinen Grundsatz der Haftungsbeschränkung bei gefahrgeneigter Arbeit weder im allgemeinen Vertrags- noch im Deliktsrecht kenne (BGHZ 30, 40, 49). Hieran ist fest zu halten.

a) Zum einen lässt das Deliktsrecht - wie hier im Hinblick darauf, dass zwischen den Parteien keine vertraglichen Beziehungen bestehen, zunächst erörtert sei - für eine Berücksichtigung der Grundsätze zur Haftungsbeschränkung bei gefahrgeneigter Arbeit im Verhältnis zu der Klägerin keinen Raum.

Freilich kann die Rechtsprechung zur gefahrgeneigten Arbeit, solange die Außenhaftung des Arbeitnehmers unberührt bleibt, den von ihr angestrebten Schutz des Arbeitnehmers nur begrenzt erreichen. Das gilt unbeschadet dessen, dass der Arbeitnehmer, der bei gefahrgeneigter Arbeit einen Dritten schädigt, von

seinem Arbeitgeber ggfls. Haftungsfreistellung verlangen kann. Die Schwäche dieser Lösung offenbart sich, wenn der Arbeitgeber, wie vorliegend die R.-AG, zahlungsunfähig wird und damit der Freistellungsanspruch nicht realisierbar ist. Für diese Fälle bleibt der Arbeitnehmer einem u.U. existenzbedrohenden Haftungsrisiko ausgesetzt. Der Senat sieht indes keine Möglichkeit, hier auf dem Boden des geltenden Rechts Abhilfe zu schaffen.

aa) Wortlaut und Systematik des positiven Deliktsrechts bieten für eine haftungsrechtliche Sonderbehandlung von Schäden durch Arbeitnehmer keinen Ansatz. Dies ist umso bemerkenswerter, als der Gedanke, Arbeitnehmer haftungsrechtlich zu privilegieren, dem bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgefundenen Recht nicht vollkommen fremd war. So sah § 899 ALR vor, dass der „gemeine Handarbeiter“ sowohl gegenüber dem Dingenden „als auch gegen einen Dritten“ nur „grobes oder mäßiges“ Verschulden zu vertreten habe, bei culpa levissima also von der Haftung frei sei. Derartige Differenzierungen sind dem Haftungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs fremd. Es geht davon aus, dass jeder Schädiger in gleicher Weise unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen zum Schadensausgleich verpflichtet ist.

bb) Das Risiko, dass der Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber wegen dessen Insolvenz nicht realisierbar ist, geht zulasten des Arbeitnehmers als des Inhabers dieses Freistellungsanspruchs. Insofern liegt es ähnlich wie etwa bei dem Anspruch auf Entlohnung. Auch hier geht die Insolvenz des Arbeitgebers im Grundsatz zu Lasten des Arbeitnehmers, wie sich in der Vorschrift des § 59 Abs. 1 Nr. 3 KO sowie darin bestätigt, dass der Gesetzgeber zur Abmilderung der mit dem Lohnausfall verbundenen sozialen Unzuträglichkeiten das Konkursausfallgeld (§§ 141aff AFG) eingeführt hat. Der Leasingvertrag zwischen der Klägerin und der R.-AG muss in dem hier erörterten Zusammenhange außer Betracht bleiben, da es allein um das Risiko der Nicht-Realisierbarkeit des Freistellungsanspruchs geht. Wäre er realisierbar, wäre die Abwicklung des Schadens auf diesem Wege vorgezeichnet gewesen und hätten sich Unzuträglichkeiten nicht ergeben.

cc) Die Rechtsprechung zur eingeschränkten Haftung des Arbeitnehmers bei gefahrgeneigter Arbeit beruht nicht auf übergreifenden, sondern auf spezifisch arbeitsvertraglichen Erwägungen. Die eigentliche Begründung liegt in den „das Arbeitsverhältnis beherrschenden Treue- und Fürsorgepflichtgedanken, mit denen es sich nicht vertrüge, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit Schäden und Ersatzansprüchen belasten würde, die sich aus der besonderen Gefahr und Eigenart der ihm übertragenen Arbeit ergeben“ (BAG aaO). Diese Begründung versagt im Verhältnis zu einem außerhalb des Arbeitsverhältnisses stehenden Dritten. Ob und ggfls. unter welchen näheren Voraussetzungen hierüber bei enger rechtlicher oder wirtschaftlicher Verflechtung des Dritten mit dem Arbeitgeber, etwa bei künstlicher Betriebsaufspaltung aus steuerlichen Gründen, hinweggegangen werden könnte, bedarf vorliegend keiner Entscheidung, da für eine derartige Verflechtung zwischen der Klägerin und der R.-AG keine Anhaltspunkte vorliegen. Die Ergänzung der Rechtsprechung zur gefahrgeneigten Arbeit dahin,

dass der Arbeitnehmer bei Schädigung eines Dritten von seinem Arbeitgeber ggfls. Freistellung verlangen kann, geht im Übrigen ihrerseits davon aus, dass die Haftung des Arbeitnehmers nach außen unberührt bleibt und keinen Einschränkungen unterliegt. Dies deckt sich mit dem allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz, dass der Schuldner mit Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zu einem Dritten - hier: im Verhältnis zu dem Geschädigten mit Haftungserleichterungen als Ausfluss des Arbeitsvertrags mit seinem Arbeitgeber - nicht gehört wird.

dd) Der Senat hält sich auch nicht für befugt, die deliktische Außenhaftung des Arbeitnehmers im Wege der Rechtsfortbildung zu beschränken. Der richterlichen Rechtsfortbildung sind durch den rechtsstaatlichen Grundsatz der Rechts- und Gesetzesbindung in seiner den Senat bindenden Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht Schranken gesetzt (vgl. BVerfGE 65, 182, 190f., 194f. und 69, 315, 371f. jew. m.w.N.). Danach setzt sie voraus, dass die Rechtsordnung, wie sie sich unter Einschluss des Rechtsprechungsrechts und allgemeiner Rechtsüberzeugungen darbietet, Wertentscheidungen, sei es auch nur in unvollkommener Form, für eine Lösung in einem bestimmten Sinne ergibt. Das ist in dem hier in Frage stehenden Zusammenhange nicht der Fall: Soweit eine uneingeschränkte Außenhaftung des Arbeitnehmers das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG berührt, weist doch diese Verfassungsregelung, jedenfalls für sich allein, nicht den Weg zu einer bestimmten Lösung. Allgemein richtet sich das Sozialstaatsgebot, eben weil in der Regel verschiedene Möglichkeiten zu seiner Verwirklichung in Betracht kommen, in erster Linie an den Gesetzgeber. Dieser hätte bei einer gesetzlichen Regelung des hier in Frage stehenden Problems außer den Interessen des Arbeitnehmers und der Geschädigten auch die mittelbaren Auswirkungen auf Dritte zur berücksichtigen. Handelt es sich beispielsweise bei dem Geschädigten seinerseits um einen Arbeitgeber, könnte eine Begrenzung seiner Ansprüche im Einzelfall seine Liquidität beeinträchtigen und sich auf diesem Wege auch zu Lasten der bei ihm tätigen Arbeitnehmer auswirken. Daher kommt - für den Gesetzgeber - etwa auch eine Pflichtversicherungslösung oder eine Erstreckung der Regelungen über das Konkursausfallgeld auf den Freistellungsanspruch in Betracht, wie sie auf dem 56. Deutschen Juristentag erörtert, freilich mehrheitlich nicht befürwortet, worden ist (s. Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages 1986, Bd. II S. N 210). Weiter kann auch Art. 34 GG mit seiner Enthaltung der Beamten gegenüber dem geschädigten Dritten im hoheitlichen Bereich keine Leitbildfunktion für die Arbeitnehmernaußenhaftung beigemessen werden. Diese Verfassungsbestimmung beruht auf dem Gedanken einer besonderen Einstandspflicht des Staates für in seinem Verantwortungsbereich geschehenes Unrecht und lässt sich deshalb für unerlaubte Handlungen im nicht-öffentlichen Bereich nicht nutzbar machen. Soweit durch § 637 RVO die Haftung unter Betriebsangehörigen beschränkt worden ist, hängt dies mit der besonderen sozialversicherungsrechtlichen Absicherung des Verletzten bei Arbeitsunfällen zusammen, so dass sich auch hieraus nichts Verallgemeinerungsfähiges für eine Beschränkung der Außenhaftung des Arbeitnehmers ergibt; demgemäß betrifft

§ 637 RVO nur Personenschäden, während es vorliegend um einen Sachschaden geht. Auch die Versuche, unter Rückgriff auf dem Haftpflichtversicherungsrecht entlehnte Prinzipien und den Gedanken des Betriebs als Haftungseinheit einerseits und des Betriebsrisikos andererseits eine Einstandspflicht des Arbeitgebers zu begründen (vgl. etwa Lorenz SAE 1971, 202, 204f. sowie Drewitz, Der Grundsatz: Die Versicherung folgt der Haftung, Diss. Mannheim 1977, S. 198f., 203ff.), vermögen nach Auffassung des Senats die persönliche Außenhaftung des Arbeitnehmers, der einen deliktsrechtlichen Tatbestand verletzt hat, de lege lata nicht in Frage zu stellen.

Angesichts des Fehlens anderweitiger geeigneter Anknüpfungsgesichtspunkte käme eine Rechtsfortbildung in dem von der Revision verfolgten Sinne allenfalls in Betracht, wenn sich in Ausweitung der Rechtsprechung zur gefahrgeneigten Arbeit und unter Lösung von ihrer arbeitsvertraglichen Begründung eine gefestigte Rechtsüberzeugung dahin entwickelt hätte, dass der Arbeitnehmer allgemein oder doch im Bereich der gefahrgeneigten Arbeit nicht oder nur eingeschränkt, etwa nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, hafte. Eine allgemeine Rechtsüberzeugung dieser Art besteht jedoch offensichtlich nicht. Stimmen, die schon auf dem Boden des geltenden Rechts einen gänzlichen Ausschluss der Außenhaftung des Arbeitnehmers vertreten (s. etwa Drewitz aaO S. 203ff.; Eberlein BB 1989, 621, 624f.; Lorenz ZfB 1975, 491, 497ff.; 499; vgl. auch Baumert, Festschrift für Wengler, Bd. II S. 129, 147), stehen solche gegenüber, die de lege lata eine uneingeschränkte Außenhaftung des Arbeitnehmers, und zwar auch im Bereich der gefahrgeneigten Arbeit, für unabweisbar halten (s. z.B. Buchner RdA 1972, 153, 170; Denck BB 1989, 1192, 1193; Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb, 8. Aufl., S. 709; Gerhardt VersR 1971, 381, 386; Heinze NZA 1986, 545, 549; Hübner, Schadenszurechnung nach Risikosphären, Diss. Hamburg 1972, S. 136; Kullmann/Pfister, Produzentenhaftung, Nr. 3210 S. 3; Otto, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages 1986, Bd. I S. E 72, 74; Reinhardt, Die dogmatische Begründung der Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers, S. 184f.; Riemann, Der personale Geltungsbereich der Haftung für Verrichtungsgehilfen, Diss. Köln, S. 198f.; Staudinger/Schäfer BGB 12. Aufl. Vorbem. zu §§ 823ff. Rdn. 52; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 6. Aufl., S. 267). Andere halten eine Anpassung der Außen- an die Binnenhaftung des Arbeitnehmers für erwägens- und erstrebenswert, sehen jedoch, dass die dogmatische Begründung problematisch ist (vgl. etwa Dersch RdA 1951, 78, 80 („bei aller Anerkennung der Zweifelhaftigkeit“); Hanau Anm. zu BAG AP § 611 BGB Nr. 53 („zweifelhaft“); Mohr, Die Kanalisierung der Haftung, S. 54 („nahe liegend“); Müller-Erbach, AcP 106, 205, 388f. („rechtspolitisch begründet“); Wilburg, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages 1960, Bd. II S. C 15f. [zu erwägen]). Däubler sieht bei Uneinbringlichkeit des Freistellungsanspruchs in dem Zugriff auf den Arbeitnehmer „immanente Grenzen“ überschritten und nimmt deshalb Rechtsmissbrauch an, fügt jedoch hinzu, dass man sich hierbei nicht auf „gesichertem Terrain“ bewege (Däubler NJW 1986, 867, 872). In der höchstrichterlichen Rechtsprechung hat die Diskussion über eine Beschränkung

(auch) der Außenhaftung des Arbeitnehmers bisher keinen Niederschlag gefunden. Ebenso wie das Bundesarbeitsgericht (aaO) geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Dritten, und zwar auch im Bereich der gefahrgeneigten Arbeit, keinen Beschränkungen unterliegt (BGHZ 30, 40, 49; 41, 203, 204f.; 50, 250, 257; Senatsurteile vom 14. November 1978 - VI ZR 133/77 - VersR 1979, 278, 279, insoweit in BGHZ 73, 1 nicht mit abgedruckt, und vom 18. März 1986 - VI ZR 213/84 - NJW 1986, 1813, 1814). Angesichts dieses Meinungsbildes kann von einer gefestigten Rechtsüberzeugung, an die eine Rechtsfortbildung anknüpfen könnte, keine Rede sein. Dass sich eine Rechtsüberzeugung dieser Art nicht herausgebildet hat, liegt auch darin begründet, dass sich gegen eine generelle Beschränkung der Außenhaftung des Arbeitnehmers ernst zu nehmende Einwände ergeben. Es entstünde ein Sonderrecht für Arbeitnehmer in dem durch vertraglichen Verbindungen gerade nicht geprägten Bereich der Pflichtenbeziehungen. Aus der Sicht des Geschädigten würde es von Zufälligkeiten (Arbeitnehmereigenschaft des Schädigers, gefahrgeneigte Arbeit, Verschuldensgrad) abhängen, ob er von dem Inanspruchgenommenen uneingeschränkt oder nur unter bestimmten Voraussetzungen Schadensersatz erlangen kann. Entscheidungen des Arbeitgebers wie die, in welcher Weise er seinen Betrieb organisiert und seine Beschäftigten einsetzt, würden sich ggfls. zulasten Dritter auswirken, die diese Entscheidungen nicht zu überblicken vermögen. Auch müssten handhabbare Kriterien zur Abgrenzung des privilegierten Personenkreises der Arbeitnehmer gefunden werden. Weiter würde sich etwa die Frage stellen, warum eine solche Haftungsprivilegierung nicht auch bestimmten Selbständigen zugute kommen sollte, die sich in einem weiteren Sinne in abhängiger Stellung von ihren Auftraggebern befinden. Auch diese Einwände lassen erkennen, dass eine generelle Einschränkung der deliktischen Außenhaftung des Arbeitnehmers die Grenzen der Rechtsfortbildung, wie sie das Bundesverfassungsgericht abgesteckt hat, überschreiten würde.

ee) Eine Beschränkung der Außenhaftung des Arbeitnehmers nur für den Fall, dass sein Arbeitgeber vermögenslos ist und deshalb der Freistellungsanspruch versagt, scheidet gleichfalls aus. Dass der Arbeitnehmer bei gleichem Schadenshergang haftet, wenn sein Arbeitgeber liquide, aber nicht haftet, wenn er illiquide ist, wäre dogmatisch vollends unbegründbar. Wie Baumert (aaO S. 143) insoweit zu Recht bemerkt, haftet der Arbeitnehmer dem Dritten entweder in jedem Falle oder aber überhaupt nicht.

ff) Auch eingeeengt auf die Beschädigung arbeitgeberfremder Betriebsmittel ergibt sich für eine die deliktische Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Dritten einschränkende, die Rechtsprechung zur gefahrgeneigten Arbeit jedenfalls insoweit aufgreifende Rechtsfortbildung kein tragfähiger Ansatz.

(1) Freilich wird der Arbeitnehmer durch eine uneingeschränkte Außenhaftung gerade in diesem Bereich im besonderem Maße betroffen. Es entspricht dem überkommenen, jedenfalls dem bei Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches gültigen Bild, dass die Betriebsmittel dem Arbeitgeber gehören. Für diesen Fall



kommen dem Arbeitnehmer bei einer Beschädigung des ihm an die Hand gegebenen Betriebsmittels, wenn sie bei einer gefahrgeneigten Arbeit eintritt oder die Benutzung des Betriebsmittels ihrerseits die Gefahr seiner Beschädigung mit sich bringt, die von der Rechtsprechung entwickelten Haftungserleichterungen zugute. Als Folge veränderter Wirtschafts- und Finanzierungspraktiken hat aber der Einsatz arbeitgeberfremder - gemieteter, geleaster, unter Eigentumsvorbehalt gekaufter oder sicherungsübereigneter - Betriebsmittel mehr und mehr Verbreitung gefunden. Dabei handelt es sich zunehmend um besonders hochwertige - eben von dem Arbeitgeber nicht ohne weiteres bezahlbare - Sachen, so dass im Falle einer Beschädigung entsprechend hohe Schadensersatzansprüche drohen. Gleichzeitig ist die Zahl der Insolvenzen und damit die Gefahr, dass der Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber nicht durchsetzbar ist, nicht geringer geworden. Somit hat sich für den Arbeitnehmer aufgrund gewandelter Verhältnisse das Risiko, bei Schädigung von Betriebsmitteln von Dritten in Anspruch genommen zu werden, deutlich erhöht. Andererseits ist für ihn vielfach nicht zu übersehen, ob das Betriebsmittel, mit dem er umgeht, dem Arbeitgeber gehört oder etwa geleast ist oder aus einem anderen Grunde im Eigentum eines Dritten steht. Auch wenn ihm bewusst ist, dass es sich um Eigentum eines Dritten handelt, kann er die Arbeit mit diesem Betriebsmittel rechtlich oder jedenfalls faktisch nicht verweigern. Aus seiner Sicht hat er so oder so seine Arbeit zu tun. Auch aus diesem Grunde will es nicht ohne weiteres einleuchten, dass für die Haftung des Arbeitnehmers je nach dem, ob das Betriebsmittel dem Arbeitgeber oder einem Dritten gehört, unterschiedliche Maßstäbe gelten sollen.

(2) Vor diesem Hintergrund fehlt es nicht an Versuchen, die Haftung des Arbeitnehmers wenigstens bei Beschädigung arbeitgeberfremder Betriebsmittel auch dem Dritten - dem Eigentümer - gegenüber nach Maßgabe der Rechtsprechung zur gefahrgeneigten Arbeit zu beschränken (s. etwa Baumert aaO S. 142f.; Denck, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, S. 137ff.; Gamillscheg/Hanau, Die Haftung des Arbeitnehmers, 2. Aufl., S. 96f.; Günther/Hase AuR 1974, 364, 368f.; Pfeifer BB 1968, 132, 134; vgl. auch - aus rechtspolitischer Sicht - Otto aaO). Auch dem vermag der Senat indes nicht zu folgen. Wortlaut und Systematik der §§ 823ff BGB geben für eine Differenzierung je nach Art und Funktion der beschädigten Sache wie auch nach Art und Grad des Verschuldens (s. insoweit auch Baumert aaO S. 144) nichts her. Über das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Verbundenheit, die die eigentliche Rechtfertigung der Rechtsprechung zur gefahrgeneigten Arbeit darstellt, lässt sich im Verhältnis zu einem von dem Arbeitgeber verschiedenen Eigentümer auch bei den arbeitgeberfremden Betriebsmitteln nicht hinwegkommen. Die oben (s. zu dd) für eine Rechtsfortbildung in Betracht gezogenen Gesichtspunkte versagen in gleicher Weise auch hier und bieten ihrerseits keinen Anhalt für eine Sonderbehandlung von Betriebsmitteln. Eine allgemeine Rechtsüberzeugung, dass der Arbeitnehmer zumindest bei der Beschädigung von Betriebsmitteln auch im Verhältnis zu Dritten nur eingeschränkt hafte, hat sich ebenfalls nicht herausgebildet (vgl. etwa Blomeyer ZfA 1975, 243, 316f.). Auch die hinsichtlich der Betriebsmittel

zusätzlich ins Feld geführten Argumente reichen für eine diesbezügliche Haftungsbeschränkung im Wege der Rechtsfortbildung nicht aus. Soweit eine Parallele zum finanzierten Abzahlungskauf gezogen und darauf verwiesen wird, dass nach den hierzu entwickelten Grundsätzen die Aufspaltung in zwei Rechtsverhältnisse nicht zu Rechtsnachteilen für den Käufer führen dürfe (Pfeifer aaO; Denck aaO S. 138), ist die rechtliche Ausgangslage insofern unvergleichbar anders, als beim finanzierten Abzahlungskauf Vertragsbeziehungen ineinander greifen, an denen der Käufer jeweils beteiligt ist. Die von der Rechtsprechung entwickelte Lösung der hieraus erwachsenden Probleme wurzelt dementsprechend im Vertragsrecht. Demgegenüber bestehen in dem hier untersuchten Verhältnis des Arbeitnehmers zu dem Eigentümer des arbeitgeberfremden Betriebsmittels gerade keine Vertragsbeziehungen, sondern es geht allein um einen deliktischen Anspruch. Soweit von anderer Seite eine Haftungsbeschränkung zugunsten des Arbeitnehmers bei arbeitgeberfremden Betriebsmitteln aus der sog. Risikotheorie hergeleitet wird (vgl. Günther/Hase aaO S. 368), läuft dies letztlich darauf hinaus, einen den gesetzlichen Voraussetzungen nach gegebenen Schadensersatzanspruch aus Funktionalitätserwägungen zu beschneiden. Dies muss jedoch dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.

#### *f. Vermeidbarkeit und Vorhersehbarkeit*

Das zweite Element der Pflichtbegründung, das Element der Vermeidbarkeit, enthält ein Kausalitäts- und Steuerungsmoment. Es geht darum, ob demjenigen, der in Anspruch genommen wird, überhaupt ein anderes Verhalten als das an den Tag gelegte möglich gewesen wäre. Wird ein wehrloser Mensch als Wurfgeschoss benutzt, so scheidet seine Verantwortlichkeit schon daran, dass sein Flug von ihm nicht gesteuert und beherrscht werden kann. Die fehlende Steuerungsfähigkeit schließt die Verantwortung aus.

Fraglich kann allein sein, wer bei Zweifeln über das Fehlen der Steuerungsfähigkeit die Beweislast zu tragen hat. Die Beweislastverteilung wird indessen unterschiedlich gesehen, je nachdem, ob es um eine Reflexauslösung oder um die Bewusstlosigkeit geht. Bei der Reflexauslösung liegt die Beweislast für die Steuerungsfähigkeit des Verhaltens (das Fehlen einer Reflexauslösung) beim Geschädigten (vgl. BGHZ 39, 103 zu einem Kegelunfall). Bei der Bewusstlosigkeit hingegen liegt die Beweislast beim Schädiger, wie der BGH in der nachfolgend wiedergegebenen Entscheidung ausgeführt hat:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 01.07.1986, Az: VI ZR 294/85

Leitsatz

Ist streitig, ob der aus Delikt in Anspruch genommene Schädiger bei der Verursachung des Schadens bewusstlos war, so trifft ihn die Beweislast für die

Bewusstlosigkeit; nicht etwa hat der Geschädigte den Beweis für eine vom Willen beherrschbare Handlung des Schädigers zu führen.

Fundstelle

NJW 1987, 121-122 (LT1)

VersR 1986, 1241-1242 (ST1)

Zum Sachverhalt (vereinfacht):

Die Klägerin befuhr mit ihrem Pkw eine Bundesstraße, als der entgegenkommende, bei der Beklagten haftpflichtversicherte Pkw des Ernst St. auf die Gegenfahrbahn geriet und frontal gegen den Pkw der Klägerin stieß. Die Klägerin wurde schwer verletzt; Ernst St. verstarb auf dem Transport ins Krankenhaus. Die Beklagte hat ihre volle Haftung für den Unfallschaden im Rahmen des Straßenverkehrsgesetzes anerkannt.

Die Klägerin verlangt die Zahlung eines Schmerzensgeldes. Die Beklagte ist der Ansicht, die gesamten Umstände des Unfallablaufs ließen nur den Schluss zu, dass Ernst St. einen Herzinfarkt erlitten habe und bereits bewusstlos gewesen sei, als sein Fahrzeug aus der Kolonne ausscherte.

Beide Vorinstanzen haben der Klägerin ein Schmerzensgeld von 10.000 DM zuerkannt. Mit der (zugelassenen) Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Aus den Gründen:

1. Im Ergebnis mit Recht legt das Berufungsgericht der Beklagten die Beweislast dafür auf, dass ihr Versicherungsnehmer Ernst St. bewusstlos war, als er den Verkehrsunfall und die Verletzung der Klägerin verursacht hat. Dieser Beweislastverteilung steht nicht, wie die Revision meint, der Umstand entgegen, dass die Klägerin als Voraussetzung des von ihr geltend gemachten Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB eine „willkürliche“ Handlung des Ernst St. zu beweisen habe.

a) Richtig ist der Ausgangspunkt der Revision, dass - jedenfalls nach heutigem Verständnis - von einer „Handlung“ nur bei einem Verhalten gesprochen werden kann, das der Bewusstseinskontrolle und Willenslenkung unterliegt und somit beherrschbar ist. Allein ein solches „willkürliches“ Verhalten kann dem Schädiger zugerechnet werden; „unwillkürliche“ Körperbewegungen, die vom menschlichen Bewusstsein nicht kontrolliert werden können, denen also jede Willenssteuerung von vornherein fehlt, vermögen eine Verschuldenshaftung nicht zu begründen (BGHZ 39, 103, 106 ff; BGB-RGRK, 12. Aufl., § 823 Rdn. 72; MünchKomm-Mertens, BGB 2. Aufl., § 823 Rdn. 17; Larenz, Schuldrecht II 12. Aufl., § 71 Ia S. 589 f; Esser/Schmidt, Schuldrecht I 6. Aufl., § 25 III 1 S. 353).

b) Diese Erwägung rechtfertigt es jedoch nicht, dem Geschädigten in allen Fällen, in denen der Schädiger geltend macht, den Schaden nicht durch ein

willensabhängiges selbsttätiges Handeln herbeigeführt zu haben, den Beweis für eine willensgesteuerte Handlung aufzuerlegen. Vielmehr ist insoweit zu unterscheiden, aus welchen Gründen es möglicherweise an einem beherrschbaren Verhalten gefehlt hat.

Bringt der Schädiger vor, der Verletzungsvorgang sei unter physischem Zwang erfolgt oder als unwillkürlicher Reflex durch fremde Einwirkung ausgelöst worden, so beruft er sich auf außerhalb seiner Person liegende Umstände, welche die Willenssteuerung seines Verhaltens ausgeschlossen haben sollen. In derartigen Fallgestaltungen, bei denen bereits das äußere Erscheinungsbild eines eigenständigen Handelns des Täters in Frage steht (vgl. Schewe, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz (1972) S. 24 ff, 55, 69), hat allerdings der Geschädigte den Beweis für eine vom Willen getragene Handlung des Schädigers zu führen (BGH = aaO). Anderes gilt jedoch für die Fälle, in denen eine der Willenslenkung unterliegende Handlung des Schädigers aufgrund innerer Vorgänge, nämlich deshalb fraglich erscheint, weil der Täter möglicherweise bei der Schadensverursachung bewusstlos war (a. A. Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, § 823 BGB Rdn. 3 und § 827 BGB Rdn. 3). Im Gegensatz zu der Schadensverursachung durch ein Reflex- oder Zwangsverhalten ist nämlich für die Verursachung von Schäden im Zustand der Bewusstlosigkeit in § 827 Satz 1 BGB eine gesetzliche Regelung dahin getroffen worden, dass bei solcher Sachlage (lediglich) die Verantwortlichkeit des Schädigers ausgeschlossen ist.

Die Fassung des § 827 BGB ist in Anlehnung an die damalige Vorschrift des § 51 StGB erfolgt, dass eine strafbare Handlung nicht vorhanden sei, wenn der Täter „zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewusstlosigkeit“ befand (vgl. Staudinger/Schäfer, BGB 12. Aufl., § 827 Rdn. 2). Die Einbettung der Bewusstlosigkeit in die Fälle der Zurechnungsunfähigkeit in § 827 BGB stellt eine gesetzgeberische Wertung dar: Die Bewusstseinslage ist deliktsrechtlich aus dem Begriff der Handlung ausgeklammert und als Element der Deliktsfähigkeit mit der Haftungsvoraussetzung des Verschuldens in der Weise verknüpft worden, dass der Schädiger die Beweislast für den Ausnahmefall einer Bewusstlosigkeit bei der Schadensverursachung trägt.

Dieser Wertung kann nicht entgegengehalten werden, der Gesetzgeber habe verkannt, dass es bei „völliger“ Bewusstlosigkeit bereits an einer willensgesteuerten Handlung fehle; die Regelung des § 827 BGB könne sich deshalb allein auf graduell schwächere Formen der Bewusstseinsstörung (Schlaftrunkenheit, Rauschzustände, Halluzinationen o.ä.) beziehen. Wie sich aus den Motiven (Mot. II S. 731)

„Unwillkürliche Handlungen kommen als juristische Handlungen überhaupt nicht in Betracht, können nicht zugerechnet werden. Eine Anwendung dieses Grundsatzes enthält die Vorschrift des § 708 (jetzt: § 827 BGB), dass eine Person,

welche, während sie des Vernunftgebrauches beraubt war, einem anderen einen Schaden zugefügt hat, hierfür nicht verantwortlich ist“

ergibt, hat der Gesetzgeber dieses Problem bei seiner Wertung in § 827 BGB durchaus gesehen.

An dem Normgehalt des § 827 BGB ist trotz der Änderungen festgehalten worden, die im Strafrecht die Ausgangsvorschrift des § 51 StGB im Laufe der Jahre erfahren hat. Dort ist die „Bewusstlosigkeit“ zunächst durch den Begriff der „Bewusstseinsstörung“ und in der jetzigen Fassung des § 20 StGB sodann durch die „tief greifende Bewusstseinsstörung“ ersetzt worden (vgl. im einzelnen Staudinger/Schäfer = aaO). Damit ist der Erwägung Rechnung getragen worden, dass es bei völligem Mangel des Bewusstseins im strafrechtlichen Sinne bereits an einer Handlung fehlt (vgl. RGSt 64, 349, 353). Dem hat der Zivilgesetzgeber die Vorschrift des § 827 BGB jedoch nicht angepasst. Eine solche Angleichung kann nicht an seiner Stelle durch den Richter vorgenommen werden, zumal angesichts der Wesensverschiedenheit von Strafe und zivilrechtlicher Ersatzpflicht sachliche Gründe für eine unterschiedliche Behandlung sprechen (vgl. Staudinger/Schäfer = aaO Rdn. 3). Insbesondere für die hier entscheidende Frage der Beweislast, die sich im Strafprozess völlig anders darstellt, muss es deshalb für die Haftung aus unerlaubter Handlung nach § 827 Satz 1 BGB dabei verbleiben, dass der Beweis für einen Zustand der Bewusstlosigkeit bei der Schadensverursachung vom Schädiger zu führen ist. Solange im Streitfall die Beklagte den Beweis für eine Bewusstlosigkeit ihres Versicherungsnehmers nicht erbringt, ist deshalb von einer zurechenbaren Handlung des Ernst St. auszugehen, die nach Maßgabe der in der Rechtsprechung dazu entwickelten Kriterien als Grundlage eines Anscheinsbeweises für einen Fahrfehler in Betracht kommt (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 19. November 1985 - VI ZR 176/84 - VersR 1986, 343, 344 m.w.N.).

Das dritte Element der Pflichtbegründung liegt in der Vorhersehbarkeit. Hier geht es zum einen darum, ob die Gefahrenlage überhaupt erkannt werden konnte und wie hoch man die Wahrscheinlichkeit der Gefahrrealisierung, des Schadenseintritts, zu veranschlagen hatte.

#### *g. Zumutbarkeit*

Steht die Garantenstellung des Inanspruchgenommenen, sowie die Tatsache, dass er das gebotene Alternativverhalten physisch hätte an den Tag legen können, fest, so bleibt als letztes Element der Pflichtwidrigkeit die Zumutbarkeit.

Das Verständnis des nun folgenden Abschnitts ist sehr wichtig für die Fähigkeit, in Klausuren und später auch im Beruf eigenständig Lösungen für fragliche Haftungsfälle entwickeln zu können.

Lesen Sie deshalb bitte zur Vorbereitung oder zur Ergänzung dieses Abschnittes folgende Texte:

- Burow, Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts, JuS 1993, 8 ff.
- Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 10. Aufl. 2006, Rdnrn. 56 bis 92

Zweck des Deliktsrechts ist es, die einzelnen Individuen einer Gesellschaft zu einem Verhalten zu veranlassen, das möglichst Schäden vermeiden soll. Das ist die Steuerungsfunktion des Haftungsrechts. Durch Haftpflichtanreize soll das Verhalten potenzieller Schädiger so gesteuert werden, dass diese Maßnahmen zur Schadensabwehr betreiben (eben sich besonders sorgfältig zu verhalten). Dies soll jedoch nicht etwa dazu führen, dem Schädiger Pflichten aufzuerlegen, deren Ziel es ist, möglichst jegliche Schadensfälle zu verhindern. Dann nämlich müsste der potenzielle Schädiger möglicherweise Kosten aufwenden, die höher sind als die Kosten, die im Schadensfall entstehen. Außerdem könnte es sein, dass der Geschädigte durch kostengünstigere Maßnahmen ebenfalls zur Schadensvermeidung hätte beitragen können.

Die Zumutbarkeitsfrage läuft also auf einen Kostenvergleich hinaus, der von dem amerikanischen Richter Learned Hand formuliert worden ist. Danach besteht eine Pflicht zur Schadensabwehr (SA) dann, wenn die Kosten der Schadensabwehr geringer sind als der Schadenserwartungswert. Der Schadenserwartungswert wird durch die Höhe des Schadens (S) und die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts  $p(S)$  bestimmt. Auf eine knappe Formel gebracht sieht die Sache so aus:

Pflicht(SA), wenn  $\text{Kosten(SA)} < S * p(S)$

Das gilt aber nur dann, wenn nicht der Geschädigte durch Maßnahmen, deren Kosten noch geringer sind, als diejenigen der Schadensabwehr des Schädigers, den Schaden ebenfalls hätte abwehren können. Anders gesprochen: Das Risiko, die Kosten für einen Schaden übernehmen zu müssen, trägt stets der „cheapest cost avoider“.

Greifen wir hierzu das Beispiel aus BGH NJW 1989, 2808 auf:

Ein Kraftfahrer war mit Rehwild kollidiert. Er verlangte vom Träger der Straßenverkehrssicherungspflicht Schadensersatz mit der Begründung, die zuständige Behörde hätte nicht nur ein Warnschild anbringen, sondern auch einen Wildschutzzaun aufstellen müssen, weil es an dieser Stelle besonders häufig (50 mal pro Jahr) zu Wildunfällen käme.

Angenommen, die Kosten für einen Zaun beziffern sich, einschließlich Zinsverlust gerechnet auf die Lebensdauer des Zaunes, auf 60.000 DM pro Jahr. Verglichen mit den Kosten für die Unfälle, die, bei einem durchschnittlichen Schaden von 2.000 DM pro Unfall, 100.000 DM pro Jahr betragen, ist dies weniger. Dennoch genügte die Aufstellung eines Schildes, denn nun waren die Autofahrer gewarnt und wurden dadurch zum „cheapest avoider“, denn sie konnten nunmehr durch (fast) kostenloses langsames Fahren zumindest einen Großteil der Unfälle verhindern.

Im Urteil des BGH, der sich solch moderne Überlegungen natürlich noch nicht zu Eigen gemacht hat, liest sich das dann so:

b) Bei der Bestimmung des Umfangs der Verkehrssicherungspflicht gegenüber Gefahren, die dem Verkehr auf der Straße von Wild drohen, gilt es zu bedenken:

Wild ist herrenlos und eine natürliche Erscheinung. Im Grunde kann Wild an jeder ländlichen Straße, insbesondere im Wald, auf die Straße treten und den Verkehr gefährden. Es ist nicht Aufgabe des Verkehrssicherungspflichtigen, sämtliche Strecken, auf denen Wildwechsel möglich sind, durch Zäune zu sichern. Der Verkehrsteilnehmer kann und muss sich auf solche Gefahren einstellen. Ist Wildwechsel in Betracht zu ziehen, wird ein sorgfältiger Kraftfahrer zum Beispiel die Geschwindigkeit mäßigen, den Fahrbahnrand verstärkt beobachten, seine Reaktionsbereitschaft erhöhen oder auf andere Weise sein Fahrverhalten der jeweiligen Gefahrenlage anpassen. Allerdings muss der Verkehrssicherungspflichtige vor besonderen Gefahrstellen (z.B. Wildwechsel, Gegenden mit hoher Wilddichte oder Häufung von Wildunfällen) durch das Gefahrzeichen „Wildwechsel“ (§ 40 Abs. 6, Zeichen 142 StVO) warnen, damit der Verkehrsteilnehmer die Straßenverhältnisse richtig einschätzen kann. Sind die besonderen Gefahrstellen durch Warnschilder sachgerecht angezeigt, ist der Verkehrssicherungspflicht Genüge getan. Wildschutzzäune sind grundsätzlich nicht vonnöten.

Doch auch wenn die Pflicht zur Schadensabwehr sich nach diesen Kriterien nicht ergibt, bleibt noch eine weitere Begründungsmöglichkeit. Wenn es sich um unvermeidbare Schäden handelt, oder die Vermeidungskosten nach der obigen Formel höher sind, als der drohende Verlust, so ist nach dem „cheapest insurer“ zu fragen. Das ist derjenige, der den Schaden am günstigsten hätte versichern können.

Gerade Letzteres ist jedoch keineswegs in Literatur und Rechtsprechung, außer von den Vertretern der ökonomischen Analyse des Rechts, anerkannt. Wie schon der obige Entscheidungszug zeigt, wird in der Rechtsprechung zwar auch mit Zumutbarkeitserwägungen hantiert, doch zur strengen Durchführung des Kostenvergleichs als grundsätzliche Vorgehensweise bei der Feststellung des

Maßes der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ konnte sie sich bisher noch nicht durchringen.

Wer den Überlegungen bis hierher ein gewisses Verständnis entgegen gebracht hat, sollte sich allerdings auch klar darüber werden, dass das Argumentationspotenzial der ökonomischen Analyse des Rechts nicht einfach zu handhaben ist. Nach Abfassung der vorstehenden Überlegungen ist mir die Analyse des BGH-Urteils aus für die ökonomische Analyse berufener Feder von Kötz und Schäfer zu Augen gekommen, die ich dem Leser nicht vorenthalten möchte:

Das Urteil überzeugt nicht. Es verkennt, dass das Haftungsrecht die Aufgabe hat, durch Setzung entsprechender Anreize das Verhalten der Bürger dahin zu beeinflussen, dass sie alle Schadensereignisse zu verhüten bestrebt sind, die zu verhüten deshalb sinnvoll ist, weil die Verhütungskosten einen geringeren Aufwand verursachen als er durch die andernfalls eintretenden Schäden entstünde. Dass sich die geltenden Regeln des Haftungsrechts - insbesondere die richterliche Konkretisierung des Begriffs der „Fahrlässigkeit“ - über weite Strecken hinweg in der Tat an dem genannten Steuerungsziel orientieren, ist im Schrifttum schon oft dargestellt worden (vgl. dazu im einzelnen Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts (1986) S. 115 ff.; Adams, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung (1985) S. 120 ff.; Kötz, Ziele des Haftungsrechts: FS für Ernst Steindorff (1990) 643 ff.; ders., Deliktsrecht, 5. Aufl. (1991), Rn. 36 ff., 119 ff.). Richtig ist zwar, dass die Nutzen-Kosten-Abwägung, auf die es danach ankommt, nur selten offen angestellt wird (vgl. immerhin BGH NJW 1984, 801), vielmehr in der Regel auf richterlicher Intuition beruht, freilich deshalb nicht weniger wirksam ist. Dies hängt damit zusammen, dass genaues Zahlenwerk, auf das sich eine Aufrechnung der Nutzen gegen die Kosten stützen ließe, oft fehlt oder nur mit erheblicher Mühe oder großem Zeitaufwand zu erlangen ist. Im vorliegenden Fall waren aber die erforderlichen Tatsachen zum Teil vom Kläger ausdrücklich behauptet, zum Teil mit Leichtigkeit zu ermitteln. Zu bedauern ist nicht nur, dass der BGH diesen Umstand verkannt hat, sondern vor allem, dass er, weil er ihn verkannt hat, zu einem falschen Ergebnis gekommen ist.

Das Urteil wäre sicherlich richtig, wenn es zuträfe, dass Kollisionen zwischen Kraftfahrern und Wild sich schon durch die Aufstellung eines vor Wildwechsel warnenden Verkehrsschildes verhüten lassen. Denn die Kosten eines solchen Schildes fallen, ohne dass man viel zu rechnen bräuchte, überhaupt nicht ins Gewicht gegenüber den Unfallschäden, deren Eintritt das Schild verhindert. In Wahrheit verhütet ein solches Verkehrsschild Wildunfälle aber nicht. Täte es das, so wäre nicht zu erklären, wieso es trotz des Schildes auf der Kreisstraße, um die es hier geht, alljährlich zu 50 bis 60 Wildunfällen kommt. Jeder weiß, dass ein solches Verkehrsschild zwar den einen oder anderen Kraftfahrer für eine gewisse Zeit zu verschärfter Beobachtung des Fahrbahnrandes oder zu einer Verringerung



seines Tempos veranlassen mag. Aber die Erfahrung und die hier vom Kläger behaupteten Unfallzahlen lehren, dass der Verhütungseffekt solcher Schilder jedenfalls dort gering einzuschätzen ist, wo das durch Wildwechsel gefährdete Straßenstück - wie im vorliegenden Fall - viele Kilometer lang ist.

Aus dem Umstand, dass ein Verkehrsschild wirkungslos ist, folgt noch nicht, dass ein Zaun anzubringen war. Zwar verhütet der Zaun mit Sicherheit alle Wildunfälle. Seine Anbringung wäre aber gleichwohl nur dann geboten und seine Nichtanbringung daher nur dann fahrlässig i.S. des § 823 Abs. 1 BGB, wenn die im Lande Hessen dadurch entstehenden Kosten niedriger liegen als die Schäden, die der Zaun zu verhüten geeignet ist.

Nimmt man an, dass die Gefahrstrecke 6 km lang, also 12 km Zaun erforderlich sind, so belaufen sich die Kosten für seine Errichtung auf 300.000,- DM, da nach der von uns eingeholten Auskunft einer Fachfirma die Lieferung und Installation eines 2 m hohen Maschendrahtzauns einschließlich der Haltepfähle 25,- DM/m kostet. Die Zinserträge, die dem Lande Hessen zufließen, wenn es den Betrag von 300.000,- DM zu 8,5% p.a. auf dem Kapitalmarkt anlegt, belaufen sich auf jährlich 25.000,- DM, zum gleichen Betrag kommt man, wenn man annimmt, dass das Land sich den Betrag auf dem Kapitalmarkt zu diesem Zinsfuß beschaffen muss. Der Abschreibungsaufwand beläuft sich, wenn man eine 10-jährige Lebensdauer des Zauns unterstellt, auf 30.000,- DM/Jahr. Wenn man weiterhin für die zweimalige Wartung und Reparatur des Zauns jeweils im Frühjahr und Herbst 4.000,- DM/Jahr veranschlagt, so beläuft sich der dem Lande Hessen durch die Lieferung, Errichtung und Unterhaltung des Zauns entstehende Gesamtaufwand auf jährlich 59.500,- DM.

Auf Anfrage hat uns die Allianz-Versicherung (Direktion Hamburg) aus ihrer zentralen Unfalldatei mitgeteilt, dass die von ihr 1991 regulierten Wildunfälle zu Schadenaufwendungen für Sachschäden in Höhe von durchschnittlich 2.005,- DM/Unfall geführt haben. Das bedeutet, dass die vom Kläger behaupteten Wildunfälle allein zu Sachschäden in Höhe von 100.000 bis 120.000,- DM/Jahr führen; dabei ist der Schaden noch nicht eingerechnet, der der Forstverwaltung durch die Tötung oder Verletzung des Wildes entsteht. Was die durch Wildunfälle verursachten Personenschäden anlangt, so waren leider entsprechende Angaben über den durchschnittlichen Schadensaufwand nicht erhältlich. Vor allem war im vorliegenden Fall den Behauptungen des Klägers nicht zu entnehmen, wieviele von den jährlichen 50 bis 60 Wildunfällen nur zu Sachschäden und wieviele von ihnen auch zu Personenschäden geführt haben. Freilich wäre das durch Rückfrage bei den für die Verkehrsunfallstatistik zuständigen Landesbehörden wohl unschwer zu erfahren gewesen. Wir haben stattdessen das Statistische Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland herangezogen (vgl. zu den folgenden Angaben Statistisches Jahrbuch 1987 für die Bundesrepublik Deutschland, Tab. 13,31 S. 315). Es weist aus, dass im Jahre 1985 sich die Zahl der polizeilich erfassten Straßenverkehrsunfälle mit Personenschäden (327.745) zur Zahl der insgesamt erfassten Straßenverkehrsunfälle (1,841 Mio.) wie 1:5,6 verhält und danach von

den hier in Rede stehenden 50 bis 60 Wildunfällen vermutlich rund 10 auch zu Personenschäden geführt haben. Wie schwer diese Schäden waren und mit welchem Betrag sie zu veranschlagen sind, ist zweifelhaft. Fest steht immerhin, dass die Schadensaufwendungen, die die deutschen Kft-Haftpflichtversicherer 1985 zur Regulierung von Personenschäden aus Verkehrsunfällen leisteten, sich auf rund 3,064 Mrd. DM belaufen haben, also auf jeden der 327.745 Verkehrsunfälle mit Personenschäden rund 9.300,- DM entfallen sind. In Wahrheit dürfte dieser Betrag wesentlich höher liegen, weil es unter den polizeilich erfassten Verkehrsunfällen mit Personenschäden viele gibt, für die niemand haftet und daher auch kein Haftpflichtversicherer eintritt. Selbst wenn man die oben genannte Zahl von 9.300,- DM zugrunde legt, kommt man auf Schäden von weiteren 93.000,- DM/Jahr; dabei bleibt noch ganz unbeachtet, dass gute Gründe dafür sprechen, dass in der Haftpflichtpraxis die Schäden, die durch die Körperverletzung und Tötung von Menschen entstehen, viel zu niedrig bewertet werden (vgl. dazu Ott/Schäfer, Schmerzensgeld bei Körperverletzungen, Eine ökonomische Analyse: JZ 1990, 563). Wie man es auch dreht und wendet, es kann kein Zweifel daran bestehen, dass mit dem für die Errichtung und Unterhaltung des Zauns erforderlichen Betrag von jährlich knapp 60.000,- DM sich Sach- und Personenschäden von mindestens dreifacher Höhe mit Sicherheit hätten vermeiden lassen. Dass fahrlässig handelt, wer eine derart dringlich gebotene Maßnahme der Schadensabwehr unterlässt, kann ernsthaft wohl nicht bezweifelt werden.

Die Geschichte ist freilich noch nicht zu Ende. Wer heute die fragliche Kreisstraße in der Gemarkung Mörfelden-Walldorf befährt, wird zu seiner Überraschung feststellen, dass sich auf einer Strecke von 6 km auf beiden Straßenseiten ein funkelnelneuer Wildschutzaun befindet. Wie ist das zu erklären? Hatte nicht der BGH dem Lande Hessen mit seinem Urteil bescheinigt, dass es auch weiterhin in Untätigkeit verharren und dabei noch ein gutes Gewissen haben dürfe? Konnte das Land nicht mit Gleichmut zusehen, wie es Jahr für Jahr zu 50 bis 60 Verkehrsunfällen in der Gemarkung Mörfelden-Walldorf kommt, und wäre es nicht klug vom Lande gewesen, allen Unfallbeteiligten vor Ort solange Kopien der BGH-Entscheidung auszuhändigen, damit allfälligem Anspruchsdenken sogleich ein höchstrichterlicher Stoß versetzt werde? Das Land Hessen ist diesen Weg jedoch nicht gegangen; es hat den Zaun gebaut. Den Anstoß dazu hat aber nicht die Einsicht gegeben, dass die BGH-Entscheidung falsch sei. Den ersten Anstoß gab vielmehr der Umstand, dass die örtliche Forstverwaltung es leid geworden war, mit anzusehen, wie Jahr für Jahr ihr Wildbestand erheblich dezimiert wurde. Sie ist es daher gewesen, die beim Lande mit Nachdruck auf den Bau des Zaunes gedrungen, dabei natürlich auch auf die Schäden der Verkehrsteilnehmer hingewiesen und sich mit ihrer Forderung schließlich durchgesetzt hat (Angaben der örtlichen Polizeidienststelle und der zuständigen Forstverwaltung). Dass Tierschützerwägungen den Anstoß zur Errichtung des Zauns gegeben haben, mag für die Tierschützer einen Grund zur Freude bilden; was den BGH anlangt, so wäre eher Nachdenklichkeit am Platze.

Wenn nach den vorstehenden Überlegungen eine Pflicht zu einem alternativen Verhalten begründet worden ist, bleiben noch zwei Problemkomplexe zu bewältigen. Zum einen muss die Kausalität der Pflichtwidrigkeit festgestellt werden, zum anderen ist fraglich, ob jeder durch die Pflichtwidrigkeit verursachte Schaden dem Schädiger auch zuzurechnen ist.

### **5. Kausalität der Pflichtwidrigkeit und rechtmäßiges Alternativverhalten**

Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit ist gegeben, wenn das pflichtgemäße Verhalten die Rechtsgutsbeeinträchtigung verhindert hätte. Traditionell arbeitet man hier mit den sog. *conditio*-Formeln der Bedingungslehre: *conditio sine qua non* und *conditio cum qua non*. Letztlich ist diese Differenzierung aber nicht gerechtfertigt. Man kann nicht einfach ein Verhalten hinwegdenken, ohne darüber nachzudenken, was an die Stelle des weggedachten Verhaltens getreten wäre. Es geht immer nur um die Feststellung, ob das tatsächlich nicht geschehene aber hinzuzudenkende pflichtgemäße Verhalten die Rechtsgutsbeeinträchtigung, den Schaden, verhindert hätte. Mit einem knappen Satz ausgedrückt: Es geht um die Wahrheit eines irrealen Konditionals: Was wäre geschehen (wäre die Verletzung, der Schaden nicht eingetreten), wenn der Gegner sich pflichtgemäß verhalten hätte?

Um es anhand eines einfachen Beispiels auszudrücken: Überschreitet A mit seinem PKW die zulässige Höchstgeschwindigkeit und überfährt den Fußgänger F, so darf man zur Feststellung der Kausalität nicht nur das Verhalten des A - das Fahren als solches - hinwegdenken. Jede Pflichtverletzung, die wir dem Schädiger vorwerfen, enthält ja einen Verstoß gegen ein Verhaltensgebot. Dieses, von der verletzten Pflicht vorgeschriebene Verhalten müssen wir hinzudenken und nun fragen, ob der Schaden auch dann verursacht worden wäre. In unserem Beispiel müssen wir uns also das Fahren des A mit der korrekten Geschwindigkeit denken und dann untersuchen, ob der Fußgänger in diesem Falle ebenfalls überfahren worden wäre. Wenn ja, war zwar die Fahrt des A, nicht aber die Pflichtverletzung kausal für die Körperverletzung des Fußgängers. Eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB entfällt.

Im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB ist zwischen der haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität zu unterscheiden. Dies liegt daran, dass der § 823 Abs. 1 keinen genuinen Vermögensschutz gewährt, sondern den Weg durch das Nadelöhr der Rechtsgutsverletzung vorschreibt. Bei der haftungsbegründenden Kausalität fragen wir, im gerade erläuterten Sinne, ob die Pflichtverletzung kausal für die Rechtsgutsverletzung war. Im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität geht es, bei bereits feststehender haftungsbegründender Kausalität, nur noch um

die Frage, ob der Schaden, also die Vermögenseinbuße beim Geschädigten, kausal auf die Rechtsgutsverletzung zurückzuführen ist.

Im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität stellt sich das schon angesprochene Problem des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Es geht dabei um die Frage, ob der Schädiger sich mit dem Einwand verteidigen kann, die Rechtsgutsverletzung oder, bei vertraglichen Haftungsgrundlagen, der Schaden wäre auch durch ein rechtmäßiges Verhalten herbeigeführt worden oder hätte wenigstens durch ein solches herbeigeführt werden können. So einfach, wie gerade im Beispiel geschildert, sehen die meisten Rechtslehrer und auch die Rechtsprechung dies nicht. Nur die wenigsten Autoren halten an der Kausalität der Pflichtverletzung als Haftungsvoraussetzung konsequent fest und kommen so zu dem Ergebnis, dass ein Schadensersatzanspruch nur besteht, wenn Rechtsgutsverletzung oder Schaden nicht auch auf rechtmäßige Weise hätten herbeigeführt werden können. Das Hauptargument für diese These ist, dass das Haftungsrecht keinerlei Straffunktion, sondern nur Ausgleichsfunktion für rechtswidrig herbeigeführte Nachteile besitzt.

Weitgehend einig ist man sich noch, wenn der Schaden mit Sicherheit auch eingetreten wäre, wenn der Schädiger sich getreu der ihm zum Vorwurf gemachten Pflichtverletzung verhalten hätte, so wie etwa A im obigen Autofahrerbeispiel.

Beispiel 1: (BGH VersR 1980, 573)

Hafenarbeiter H lässt eine Ladung Schrott vorschriftswidrig aus etwa 10 m Höhe in einen Schiffsladeraum fallen, woraufhin das Schiff einknickt und sinkt. Gegen die Klage des Schiffseigentümers macht er geltend, der Schaden wäre auch entstanden, wenn er die Ladung vorschriftsmäßig unmittelbar über dem Schiffsboden abgelassen hätte, weil das Schiff (durch Dritte) bereits falsch beladen war.

Dazu führt der BGH aus:

1. Wird ein Schiff durch unsachgemäßes Verhalten der Leute des Greiferbetriebs beim Beladen beschädigt, wäre aber der Schaden auch bei sachgemäßer Beladung eingetreten, so steht dies einem auf BGB § 831, BGB § 823 Abs 1 gestützten Schadensersatzanspruch des Eigentümers entgegen.

2. Die Darlegungslast und Beweislast dafür, dass der Schaden auch bei sachgemäßer Beladung eingetreten wäre, trägt der in Anspruch genommene Geschäftsherr.

(...) Wenn das Ladegut aus zu großer Höhe abgeworfen worden und dabei der Leichter zusammengebrochen ist, ist das Eigentum der Klägerin durch ein

ursächliches Verhalten der Leute der Beklagten rechtswidrig verletzt und damit an sich der Haftungstatbestand des § 823 Abs 1, § 831 BGB verwirklicht worden. Dem Berufungsgericht ist jedoch zuzustimmen, dass es auch darauf ankommt, ob der Schaden in derselben Weise eingetreten wäre, wenn der Greiferführer den Korb nach den Regeln sachgemäßer Beladung in entsprechend geringerer Höhe über dem Schiffsboden geöffnet hätte. Stünde nämlich ein solcher Sachverhalt fest, so wäre die Schadensersatzpflicht der Beklagten aus ähnlichen Gründen, wie sie in Rechtsprechung und im Schrifttum unter Gesichtspunkten des „rechtmäßigen Alternativverhaltens“ erörtert werden (vgl etwa die Nachweise in MünchKomm Grunsky vor § 249 RdNr 87 - 90), ausgeschlossen. (...)

Die Haftung für das pflichtwidrige Verhalten des Greiferführers entfällt allerdings nur dann, wenn feststeht, dass der Schaden auch bei einer noch als sachgemäß anzusehenden Beladung eingetreten wäre. Hierfür tragen die Beklagten, die diese Einwendung erheben, die Darlegungslast und Beweislast. Die Klägerin hat insoweit mit dem von ihr behaupteten und unter Beweis gestellten Geschehensablauf das Erforderliche vorgetragen. (...) Die bloße Möglichkeit aber, dass der Schaden auch sonst eingetreten wäre, schließt den Anspruch auf Schadensersatz nicht aus.

Es kann aber auch vorkommen, dass es nicht um eine fahrlässige Schädigung, sondern um vorsätzliches Verhalten geht und Rechtfertigungsgründe im Spiel sind. Kann sich der Schädiger, der ohne Rechtfertigungsgrund - also rechtswidrig - gehandelt hat, darauf berufen, dass er den Schaden auf andere Weise rechtmäßig hätte herbeiführen können oder gar müssen?

Beispiel 2 („Brandgassen-Fall“, BGHZ 20, 275):

a) Um im Krieg Fluchtwege zu schaffen, werden Häuser abgerissen. Nach dem Generalabbruchplan sind Vorder- und Hinterhaus des E betroffen und werden auch abgerissen. In der dem E zugegangenen Polizeiverfügung war jedoch irrtümlich nur das Vorderhaus angegeben. E klagt auf Schadensersatz wegen des zerstörten Hinterhauses. Die beklagte Stadt erwidert, dass, hätte man den Irrtum bemerkt, auch das Hinterhaus in die Verfügung aufgenommen worden wäre.

Beispiel 3 (OLGZ 1, 308):

b) B legt auf die Weisung eines Beamten auf dem Grundstück des E einen Löschteich an, ohne dass eine behördliche Verfügung eingeholt worden war. B wendet gegenüber der Schadensersatzklage des E ein, die Verfügung wäre auf Antrag ergangen und damit der gleiche Schaden entstanden.

In diesen beiden und in anderen Fällen erklärten die Gerichte die Möglichkeit rechtmäßiger Schädigung als beachtlich und verneinten deshalb einen Schadensersatzanspruch.

Als Argument für die Beachtlichkeit der rechtmäßigen Schädigungsmöglichkeit kann wiederum die ausschließliche Ausgleichsfunktion des Haftungsrechts ins Feld geführt werden. Dem Schädiger kann zwar der Vorwurf rechtswidrigen Verhaltens gemacht werden, was u.U. strafrechtliche Konsequenzen haben kann, der Geschädigte kann jedoch nicht Ersatz für einen Schaden fordern, den er auf rechtmäßige Weise ohnehin erlitten hätte.

Genau entgegengesetzt argumentieren diejenigen, die bei vorsätzlichem Verhalten die rechtmäßige Schädigungsmöglichkeit für unbeachtlich erklären. Wer sich einmal für den Weg in die Rechtswidrigkeit entschieden habe, solle sich später nicht auf rechtmäßiges Alternativverhalten berufen können. Hier wird dem Haftungsrecht eine Straffunktion zugesprochen, die es nicht hat. Oft wird dieses Argument im Zusammenhang mit schweren Verfahrensfehlern bei Handlungen von Behörden gebraucht, die aber auf rechtmäßigem Wege letztlich doch erfolgt wären. Auch hier sollte es nicht das Haftungsrecht sein, das das rechtswidrige Vorgehen des Staates sanktioniert. Sieht der Bürger sich durch eine rechtswidrige Verwaltungsmaßnahme beeinträchtigt, steht ihm der Verwaltungsrechtsweg einschließlich der Regeln über den vorläufigen Rechtsschutz offen. Soll wirklich derjenige, der auf eine Klage bei den Verwaltungsgerichten gegen eine verfahrenfehlerhafte Maßnahme einer Behörde verzichtet, weil er weiß, dass die Behörde ihr Ziel am Ende doch auf rechtmäßigem Wege erreichen kann, hinterher Schadensersatz verlangen können?

Eine Mittelansicht, die wohl als h.M. bezeichnet werden kann, stellt auf den Schutzzweck der verletzen Norm ab und fragt, ob diese gerade das schädigende Verhalten habe verhindern wollen oder die Schädigung überhaupt. Dazu tendiert auch der BGH, freilich sicher weniger aus Überzeugung, sondern weil er sich mit solchen Formeln stets die Einzelentscheidung offen halten kann.

In der nun folgenden Leitentscheidung, die das Abstellen auf den Schutzzweck dokumentiert, geht es um eine weitere Fallgruppe innerhalb des rechtmäßigen Alternativverhaltens, die der zweiten Fallgruppe ähnelt. Dabei ist nicht nur um eine einzige Pflicht im Spiel, deren Verletzung wegzudenken und durch pflichtgemäßes Verhalten zu ersetzen ist, sondern der Schädiger hat mehrere unabhängige Pflichten verletzt, wobei die Verletzung einer dieser Pflichten kausal für den Schadenseintritt war. Soll in diesem Fall die Haftung entfallen, wenn der Schaden bei insgesamt pflichtgemäßem Verhalten nicht eingetreten wäre?

Hierzu das Beispiel 3:

Ein nachlässiger Gerichtsvollzieher nimmt es mit seiner Arbeit nicht so genau und lässt Pfändungen, die er durchführen soll, erst einmal warten. Es gehen von

verschiedenen Gläubigern nacheinander Pfändungsgesuche gegen denselben Schuldner ein. Wegen seiner Nachlässigkeit kommt der Gerichtsvollzieher zu spät, beim Schuldner ist nichts mehr zu holen. Jetzt verlangt der Gläubiger, dessen Pfändung in der Reihenfolge der Eingänge an dritter Stelle lag, Schadensersatz. Er macht geltend, wenn der Gerichtsvollzieher bezüglich seiner Pfändung pflichtgemäß gehandelt, sie also rechtzeitig vorgenommen hätte, so wären noch pfändbare Vermögensgegenstände des Schuldners vorhanden gewesen. Dies ist ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schadenseintritt. Dagegen macht der Gerichtsvollzieher geltend, dass der besagte Gläubiger ohnehin nichts erlangt hätte, wenn er sich insgesamt pflichtgemäß verhalten hätte, also alle Pfändungen in ihrer Reihenfolge ordnungsgemäß vorgenommen hätte, weil dann nach den ersten beiden Pfändungen für den dritten Gläubiger nichts Pfändbares mehr vorhanden gewesen wäre.

Wie bereits am Leitsatz zu erkennen ist ordnet der BGH diese Problematik nicht der Kausalität sondern der Frage nach dem Schutzzweck der verletzten Pflicht zu:

Gericht: BGH 9. Zivilsenat, Datum: 24.10.1985, Az: IX ZR 91/84

Leitsatz

1. ...

2. Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens betrifft bei der Notarhaftung nicht die Ursächlichkeit der Amtspflichtverletzung für den Schaden. Bei ihm geht es vielmehr um die der Bejahung des natürlichen Ursachenzusammenhangs nachfolgende Frage, inwieweit einem Schadensverursacher die Folgen seines pflichtwidrigen Verhaltens bei wertender Betrachtung billigerweise zugerechnet werden können.

Der Schutzzweck der jeweils verletzten Norm entscheidet darüber, ob und inwieweit der Einwand im Einzelfall erheblich ist.

3. Hat ein Beteiligter aufgrund einer unrichtigen notariellen Fälligkeitsbestätigung zu früh geleistet und dazu vorzeitig Kredit aufnehmen müssen, kann der Notar gegen dessen Schadensersatzanspruch nicht einwenden, er hätte bei pflichtgemäßem Verhalten den Kaufpreis zum selben Zeitpunkt fällig stellen müssen, weil er die Fälligkeitsvoraussetzungen bis dahin selbst hätte herbeiführen können und müssen.

Fundstelle

BGHZ 96, 157-174 (LT1-3)

## 6. Begrenzungen der Ersatzpflicht

Die Überlegungen zum rechtmäßigen Alternativverhalten bewegen sich allein auf der Kausalitätsebene. Nur solche Rechtsgutsverletzungen sollen zu einer Schadensersatzpflicht führen, die verhindert worden wären, wenn sich der verantwortlich Gemachte rechtmäßig verhalten hätte. Hat man den Kausalzusammenhang bejaht, ist eine notwendige Bedingung für die Verpflichtung zum Schadensersatz erfüllt. Es handelt sich aber nicht um eine hinreichende Bedingung. Das bedeutet, dass es Rechtsgutsverletzungen und Schäden gibt, die nicht zum Schadensersatz führen, obwohl die Kausalitätsbedingung erfüllt ist, bei rechtmäßigem Alternativverhalten also die Verletzung ausgeblieben wäre. Fraglich ist allein, nach welchen Kriterien kausal mit einem Fehlverhalten verknüpfte Rechtsgutsverletzungen und Schäden in ersatzfähige und nicht ersatzfähige Schäden eingeteilt werden. Einigkeit herrscht allein darüber, dass es solche Kriterien gibt. Welche es sind, ist dagegen durchaus umstritten.

### *a. Adäquate Kausalität*

Lange Zeit stand das Kriterium der adäquaten Verursachung im Zentrum der Überlegungen. Mit diesem Kriterium sollten ganz unwahrscheinliche Entwicklungen aus der Ersatzpflicht ausgeschlossen werden. Auch heute noch liest man in vielen Entscheidungen, dass eine Rechtsgutsverletzung oder ein Schaden adäquat kausal verursacht sei, ohne dass man dahinter eine überlegte und bewusst getroffene Entscheidung für ein bestimmtes Kriterium vermuten dürfte. Die Adäquanzlehre ist einfach die überkommene und über viele Juristengenerationen tradierte Lehre. Bei näherer Betrachtung erweist sie sich aber als ungeeignet, überflüssig und falsch. Das lässt sich schon an der Entscheidung zeigen, in der der BGH sich intensiv um die Adäquanzlehre bemüht:

Gericht: BGH 1. Zivilsenat, Datum: 23.10.1951, Az: I ZR 31/51

Leitsatz

1.1 Eine Begebenheit ist adäquate Bedingung eines Erfolges, wenn sie die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht hat. Bei der dahin zielenden Würdigung sind lediglich zu berücksichtigten

- a) alle zur Zeit des Eintritts der Begebenheit dem optimalen Beobachter erkennbaren Umstände,
- b) die dem Setzer der Bedingung noch darüber hinaus bekannten Umstände.



1.2 Diese Prüfung ist unter Heranziehung des gesamten im Zeitpunkt der Beurteilung zur Verfügung stehenden Erfahrungswissen vorzunehmen.

2. Bei dieser Prüfung auf Adäquanz handelt es sich nicht eigentlich um eine Frage der Kausalität, sondern um die Ermittlung der Grenze, bis zu der dem Setzer einer Bedingung eine Haftung für ihre Folgen billigerweise zugemutet werden kann. Nach dieser Auffassung haftet derjenige, der einen Unfall verursacht, auch für spätere fehlerhafte Eingriffe Dritter als adäquate Unfallfolgen, wenn das Eingreifen dieser Personen durch den Unfall verursacht worden ist. Diese Haftung findet aber ihre Grenze, wenn der Eingriff von hierzu nicht befugten Personen und in völlig unsachgemäßer und ungewöhnlicher Weise vorgenommen wird.

Fundstelle

BGHZ 3, 261-270 (LT1-2)

Tatbestand

Am 27. Juli 1948 fuhren 6 Schiffe auf der Talfahrt in die Schleuse Datteln des Lippe-Seitenkanals ein. Als erstes machte der Schlepper „Dollart“ hart am Untertor an der Nordmauer fest. Ihm folgten die von ihm geschleppten leeren Klappschuten „Gesine“ und „Heinrich Hirdes 9“ (HH 9), die hintereinander an der Südmauer festmachten. Als viertes Schiff folgte das MS „Edelweiß“, das sich mit einer Ladung von 360 t Weizen auf der Fahrt von Bremen nach Rüdesheim befand. „Edelweiß“ legte sich steuerbord neben „HH 9“ und machte an der Nordmauer fest. Es folgten schließlich die Motorschiffe „Weser I“ und „Nixe“, die hintereinanderliegend an der Nordmauer festmachten. Die Längswände der Schleuse in Datteln sind nach der Kammersohle zu verstärkt, so daß die Schleusenammern an Stelle eines rechtwinkligen einen konischen Querschnitt aufweisen. Bei Berücksichtigung des damaligen Wasserstandes und einem Niveauunterschied von 7,46 m zwischen Ober- und Unterwasser verringerte sich der lichte Abstand der Kammerwände von 12,77 m (Oberwasser) auf 12,31 m (Unterwasser). Aus diesem Grunde ist das Schleusenpersonal angewiesen, nebeneinanderliegende Schiffe nur bis zur Gesamtbreite von 11,75 m zu schleusen.

Die Schleusung wurde in Abwesenheit des Schleusenmeisters durch den Schleusengehilfen T. durchgeführt. Dieser fragte vor Beginn der Schleusung die Schiffer von „HH 9“ und „Edelweiß“ nach der Breite ihrer Fahrzeuge. „Edelweiß“ gab ihre Breite richtig mit 6,67 m an, während der Schiffer Sch. die Breite der „HH 9“ unrichtig mit 5 m angab. Tatsächlich betrug sie 5,87 m. Dieselben Angaben erhielt auf seine Frage der Pumpenmaschinist M. . Der Schleusengehilfe hielt die sich hiernach ergebende Gesamtbreite für ausreichend und veranlaßte nach Schließung des Obertores die Leerung der Schleusenammern. Während des Wasserablaufs preßten sich die ursprünglich frei schwimmenden Schiffe „Edelweiß“ und „HH 9“ gegeneinander und hinterließen auch an den beiden Schleusenammern Reibungsspuren. Dessen ungeachtet wurde die Schleusung bis zur Erreichung des Unterwasserniveaus fortgesetzt. Erst beim Versuch des

Schleppers „Dollart“, die Schuten „Gesine“ und „HH 9“ herauszuziehen, wurde bemerkt, daß letztere mit „Edelweiß“ verklemmt war und sich nicht bewegen ließ. „Dollart“ zog deshalb nur „Gesine“ heraus. Nunmehr beschlossen T. und M. in Abwesenheit des Schleusenmeisters, die Klemmlage der Schiffe durch Hebung des Wasserspiegels in der Schleusenkammer zu beseitigen. Das Untertor wurde geschlossen und die Schützen des Obertores um 10 cm gehoben. Der Wasserspiegel stieg mit einer Geschwindigkeit von 25 cm in 1,5 Minuten. Die verklemmten Schiffe schwammen jedoch nicht gleichmäßig auf. Sie hoben sich nur dachförmig längs ihrer gemeinsamen Berührungsfläche, blieben aber mit starker Schlagseite an ihren Berührungsflächen mit der Schleusenmauer hängen. Dabei drohte die mit einem Freibord von nur 15 cm zu Wasser liegende „Edelweiß“ überflutet zu werden. Trotz anhaltender Notsignale gelang es dem Schleusenpersonal infolge Stromausfalles nicht, den Wasserzufluß rechtzeitig zu stoppen. „Edelweiß“ lief voll Wasser und sank. Nur die Besatzung konnte sich retten.

Die Klägerin hat dem Eigner der „Edelweiß“ Versicherungsschutz gewährt und verlangt von der Beklagten als Eigner der „HH 9“ Schadensersatz in Höhe von 103.605,50 DM, weil der entstandene Schaden durch die unrichtige Breitenangabe ihres Schiffers Sch. verursacht worden sei. Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie bestreitet die Ursächlichkeit der falschen Breitenangabe und führt den Schaden allein auf die falschen Maßnahmen des Schleusenpersonals zurück.

Das Schiffsgericht hat die ursprünglich nur in Höhe eines Teilbetrages von 10.000 DM gegen die Beklagte und den Schiffer Sch. erhobene Klage gegen letzteren unbeschränkt, gegen die Beklagte auf Schiff und Ladung oder deren Wert beschränkt dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung wurde nur von der Klägerin und der Beklagten durchgeführt. Das Berufungsgericht hat die im zweiten Rechtszuge auf die volle Schadenshöhe erweiterte Klage gegen die nunmehr allein Beklagte unbeschränkt dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht hält die falsche Breitenangabe des Schiffers der „HH 9“ für die unmittelbare und adäquate Ursache, nicht nur der Einklemmung der Schiffe, sondern auch der weiteren Schäden, die sich bei der Lösung der Schiffe aus der Klemmlage ergeben haben. Es führt dazu aus, daß das Einklemmen beim Abschleusen zwar selten, aber nicht ungewöhnlich sei und daß auch die Dienstanweisung für das Schleusenpersonal mit solchem Vorkommen rechne. Ebenso sei die Behebung des Einklemmens durch Wasserzugabe nicht ungewöhnlich, sondern allein auf diese Weise erreichbar. Gefahren beim Schleusenbetrieb lägen jederzeit innerhalb der Lebenserfahrung. Diese Gefahren vervielfachten sich aber, wenn eine der vorgesehenen Gefährdungen, hier das

Einklemmen, eingetreten sei und in üblicher, innerhalb der Lebenserfahrung liegender Weise beseitigt werden müsse. Dabei müsse in erhöhtem Maße mit einem mehrfachen, ja sogar gleichzeitigen menschlichen und technischen Versagen gerechnet werden. Das liege keinesfalls außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit und sei auch dem Schutenführer nach allgemein menschlicher Erfahrung erkennbar gewesen. Das Versagen des Schleusenpersonals genüge also nicht zur Unterbrechung des Zusammenhanges zwischen der unrichtigen Breitenangabe und dem Untergange der „Edelweiß“.

Der Revision ist zuzugeben, daß die Ausführungen über den ursächlichen Zusammenhang als Voraussetzung einer Haftung der Beklagten nicht frei von Rechtsirrtum sind. Schon die Annahme, daß das Verschulden des Schiffers Sch. unmittelbar kausal für den Schadenseintritt gewesen sei, ist nicht richtig. Sch. hat nichts dafür getan, daß „Edelweiß“ sich neben „HH 9“ legte und damit die erste Bedingung für die spätere Einklemmung schuf. Die Wahl des Lageplatzes beruht auf dem freien Entschluß des Schiffers von „Edelweiß“. Ebenso beruht die Belassung des Schiffes an diesem Platz auf dem Entschluß des Schleusenpersonals, das allein über die Besetzung der Schleusenkammer zu bestimmen hatte und das Nebeneinanderliegen billigte, um auf diese Weise den Schleusenraum besser auszunutzen. Die falsche Breitenangabe des Sch. hat aber diesen Entschluß gefördert und ist auf diese Weise mittelbar für die Einklemmung ursächlich geworden. Es erscheint sicher, daß das Schleusenpersonal das Nebeneinanderliegen der Schiffe nicht geduldet haben würde, wenn es die wahre Breite der „HH 9“ gekannt hätte. Die falsche Breitenangabe ist also trotz ihrer nur mittelbaren Funktion eine *conditio sine qua non* für den weiteren Geschehensablauf.

Mit dieser Feststellung ist indessen für die Annahme einer haftungsbegründenden Verursachung des Schadens durch Sch. noch nichts gewonnen. Es ist seit langem in der Rechtslehre und Rechtsprechung unstreitig, daß der Kreis solcher natürlich logischen Ursachen gemeinhin ein viel zu großer ist, um jede ihrer Folgen dem Verursachenden verantwortlich zur Last legen zu können. Die Rechtslehre hat daher den Begriff der adäquaten Verursachung geschaffen, der nach der Entscheidung des Reichsgerichts vom 18. November 1932 (HRR 1933, 498)

„die Möglichkeit schaffen soll, einzelne Bedingungen, die im naturwissenschaftlichen Sinn Ursachen eines Erfolges waren, ohne deren Vorhandensein der Erfolg also nicht eingetreten wäre, für den Kausalzusammenhang im rechtlichen Sinn auszuschalten, und zwar sollen die logisch von dem Erfolg entferntesten Bedingungen ausgeschaltet werden, weil die Berücksichtigung auch dieser Bedingungen im Rechtsleben zu Ergebnissen führen würde, die der Billigkeit widersprächen ...“.

Formuliert wurde die adäquate Ursache vor allem von Kries, Rümelin und Traeger (vgl. Gesamtübersicht bei Lindenmaier „Adäquate Ursache und nächste Ursache“ in der Festschrift für Wüstendörfer, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und

Konkursrecht Bd 113, Heft 3/4, Stuttgart 1950). Gemeinsam ist diesen Formulierungen die Würdigung einer konkreten *conditio sine qua non* auf ihre Erfolgsbegünstigung nach generellen Maßstäben. Sie unterscheiden sich nach dem Blickpunkt, von dem aus diese Würdigung vorgenommen wird. Während von Kries, der Schöpfer des Begriffs der adäquaten Ursache, die Würdigung der Erfolgsbegünstigung einer *conditio sine qua non* auf der Grundlage aller dem Urheber der Bedingung zur Zeit ihres Eintritts (*ex ante*) individuell bekannten oder erkennbaren Umstände vornehmen will, und zwar unter Heranziehung des *ex post* vorhandenen generellen Erfahrungswissens, vertritt Rümelin die Theorie der „objektiven nachträglichen Prognose“. Er will zur Bildung des Möglichkeitsurteils das gesamte Erfahrungswissens der Menschheit und alle zur Zeit des Eintritts der Bedingung irgendwie vorhandenen Umstände berücksichtigen, mögen sie selbst bei höchster Einsicht erkennbar gewesen sein oder erst durch das auf die untersuchte Bedingung folgende Geschehen *ex post* erkennbar geworden sein.

Die vorausschauende individuelle Betrachtung von von Kries erwies sich als zu eng für Fälle der objektiven Gefährdungs- und Vertragshaftung im Zivilrecht, die rückschauende objektive Prognose Rümelins als zu weit, um unbillige Ergebnisse der Bedingungstheorie mit Sicherheit ausschalten zu können. Rümelin selbst sah sich deshalb zu einer Einschränkung seiner Lehre genötigt, soweit durch die untersuchte Bedingung der Geschädigte lediglich in zeitliche oder räumliche Beziehung zum schädigenden Ereignis geraten war. Die Mängel beider Formulierungen vermeidet Traeger (Kausalbegriff im Zivil- und Strafrecht 1904 S 159) mit der Formulierung: Eine Begebenheit ist adäquate Bedingung eines Erfolges, wenn sie die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht hat. Bei der dahin zielenden Würdigung sind lediglich zu berücksichtigen

- a) alle zur Zeit des Eintritts der Begebenheit dem optimalen Beobachter erkennbaren Umstände,
- b) die dem Urheber der Bedingung noch darüber hinaus bekannten Umstände.

Den so festgestellten Sachverhalt will Traeger unter Heranziehung des gesamten zur Zeit der Beurteilung zur Verfügung stehenden menschlichen Erfahrungswissens darauf prüfen, ob er den Eintritt des schädigenden Ereignisses in erheblicher Weise begünstigt hat (vgl Lindenmaier aaO S 223 bis 226).

Der Traeger'schen Formulierung schließt sich im wesentlichen die Rechtsprechung des Reichsgerichts seit der Entscheidung RGZ 133, 126 (127) in neuerer Zeit in der Fassung an, daß ein adäquater Zusammenhang vorliege. „wenn eine Tatsache im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung eines Erfolges geeignet war“.

Dieser bis zuletzt im wesentlichen unverändert in zahlreichen Entscheidungen beibehaltenen Fassung (RGZ 133, 126; 135, 154; 148, 165; 152, 49; 158, 38; 168,

88; 169, 91) schließt sich auch der Senat unter Beibehaltung der von Traeger festgelegten Beurteilungsgrundlagen an. Es darf dabei freilich worauf Lindenmaier aaO S 239, 241 hinweist - nicht der Ausgangspunkt der Untersuchung aus den Augen verloren werden: nämlich die Suche nach einem Korrektiv, das den Kreis der rein logischen Folgen im Interesse billiger Ergebnisse auf die zurechenbaren Folgen einschränkt. Nur wenn die Rechtsprechung sich dessen bewußt bleibt, daß es sich hier nicht eigentlich um eine Frage der Kausalität, sondern um die Ermittlung der Grenze handelt, bis zu der dem Urheber einer Bedingung eine Haftung für ihre Folgen billigerweise zugemutet werden kann, also im Grunde um eine positive Haftungsvoraussetzung (Larenz, Vertrag und Unrecht 12, 14; Lindenmaier aaO S 239, 241/42), wird die Gefahr einer Schematisierung der Formel vermieden und die Ermittlung richtiger Ergebnisse gewährleistet.

Daß im vorliegenden Falle die Einklemmung der Schiffe eine adäquate Folge der falschen Breitenangabe gewesen ist, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen. Mit der Einklemmung war aber noch kein beweisbarer Schaden entstanden, da der Geschehensablauf zum Stillstand gekommen war und die Schiffe ruhig auf ebenem Kiel in der Schleusenammer lagen. Bei der Zurechnung der weiteren erst eigentlich schädigenden Folgen hat aber das Berufungsgericht die möglicherweise notwendige Einschränkung der Haftungsfolgen nicht hinreichend beachtet, wenn es die Berücksichtigung des von ihm selbst erkannten Versagens des Schleusenpersonals ablehnt. Zwar ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts wiederholt anerkannt worden, daß jeder, der einen Unfall verursacht hat, auch für solche Folgen einzustehen habe, die sich erst im Verlaufe einer durch den Unfall unvermeidlich gewordenen Behandlung selbst durch einen dabei unterlaufenden Kunstfehler ergeben, weil nach der Lebenserfahrung damit gerechnet werden müsse, daß nicht jede Behandlung unbedingt sachgemäß ausgeführt und von dem gewünschten Erfolge begleitet werden würde (RGZ 102, 230; 105, 264; 119, 204; RG HRR 28, 831; RG JW 1911, 755). Dieser Grundsatz gilt aber nicht ausnahmslos und kann nicht dazu führen, den für die Einleitung eines Unfallherganges Verantwortlichen unterschiedslos mit allen Folgen zu belasten, die ohne sein Zutun von dritten zu einem Eingriff gar nicht befugten Personen in völlig ungewöhnlicher und unsachgemäßer Weise herbeigeführt werden (vgl die bereits genannten Entscheidungen RGZ 102, 230 und JW 1911, 755).

Die Beklagte hatte darauf hingewiesen, daß ein solches ungewöhnliches und gröblich falsches Eingreifen des Schleusenpersonals vorliege, und das Berufungsgericht hätte deshalb in eine Prüfung dieses Verhaltens im einzelnen eintreten müssen, anstatt sich mit dem Hinweis zu begnügen, daß „die immerhin beachtlichen Anzeichen für ein Versagen des Schleusenpersonals für die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges nicht ausreichen, zumal von einer vorsätzlichen Herbeiführung des Unfalles durch das Schleusenpersonal keine Rede sein könne“.

Die mit dem Begriff des vorsätzlichen Handelns aufgeworfene Frage des Verschuldens gehört nicht in diesen Zusammenhang, der sich allein mit dem Begriff der Verursachung befaßt. Er erfordert lediglich eine Prüfung, ob ein optimaler Beobachter mit einem Verhalten des Schleusenpersonals, wie es - zum großen Teil unbestritten - vorgetragen wird, im Augenblick des Eintritts der haftungsbegründenden Bedingung - also der falschen Breitenangabe normalerweise hätte rechnen können. Die Unterlassung dieser Prüfung rechtfertigt nicht allein die von der Revision erhobene verfahrensrechtliche Rüge der mangelnden Erschöpfung des Sachverhalts, sondern läßt darüber hinaus erkennen, daß das Berufungsgericht nicht den richtigen Maßstab für die Ausscheidung unzumutbarer und deshalb inadäquater Folgen angewandt hat.

An Umständen, die nach dem vorgetragenen Sachverhalt selbständige Schadensursachen bilden können, waren zu prüfen:

1. die Tatsache, daß der Schleusenmeister entgegen § 2 Ziff 2 seiner Dienstanweisung es unterließ, die Schleusung persönlich zu überwachen, daß er vielmehr die Schleusung einem Schleusengehilfen überließ, der ihm nicht als sein Vertreter beigegeben war und der die Schleusung fortsetzte, obwohl er durch die auftretenden Reibspuren an den Kammerwänden auf den Eintritt der Klemmlage der Schiffe hätte aufmerksam werden müssen;
2. die Tatsache, daß nach Eintritt der Klemmlage der Schleusengehilfe und der Pumpenmaschinist eigenmächtig und gegen das ausdrückliche Verbot der Dienstanweisung die Lösung der Klemmung durch Wasserzugabe versucht haben, ohne den nach der Dienstanweisung allein hierfür berufenen Schleusenmeister zu benachrichtigen und ihm die Beseitigung der Störung zu überlassen, dies alles, obwohl kein Anlaß zu überstürztem Handeln vorlag, der Geschehensablauf vielmehr mit der Erreichung des Unterwasserspiegels zum Stillstand gekommen war;
3. die von der Beklagten behauptete und unter Beweis gestellte Tatsache, daß der Schleusenmeister im Stande gewesen wäre, die Klemmlage ohne Gefährdung der Schiffe, wie bereits in mehreren früher vorgekommen Fällen zu lösen, etwa durch Beseitigung der hindernden Reib- und Berghölzer und ganz vorsichtiges Heben des Wasserspiegels, notfalls durch Bedienung der Schützen von Hand;
4. die Tatsache, daß die Hebung des Wasserspiegels so schnell erfolgte, daß bereits in 1 1/2 Minuten der nur 15 cm betragende Freibord der „Edelweiß“ überflutet werden mußte, falls die Verklemmung sich nicht lösen und die Schiffe nicht, wie beabsichtigt, aufschwimmen sollten;
5. die Tatsache des Stromausfalls, die sowohl zeitlich wie hinsichtlich ihrer Entstehungsursache ungeklärt geblieben ist. Dabei kann von Bedeutung sein, daß nach der Bekundung des Maschinisten M. kein Ausfall des Kraftnetzes stattgefunden hat, sondern ein Durchbrennen der Sicherung, die möglicherweise

durch eine unsachgemäße Überbeanspruchung des Schützenmotors ausgelöst worden sein kann.

Es mag sein, daß einzelne und selbst auch mehrere dieser Tatsachen in den nach der Lebenserfahrung zu erwartenden Gefahrenkreis fallen, so daß man ihre Zumutbarkeit, jede für sich betrachtet, bejahen könnte. Es mußte aber geprüft werden, ob nicht das Zusammentreffen dieser vielfachen, zT von Unberufenen gesetzten, zT möglichenfalls zufälligen Bedingungen, ungewöhnlich und außerhalb des normalen Gefahrenkreises gelegen hat. Dabei wäre zu beachten gewesen, daß es sich um Bedingungen handelte, die sich gegenseitig verstärkten und erst in diesem Zusammenwirken zu der verhängnisvollen Zuspitzung der Lage führten, die nur noch wenig mit der ursprünglichen Herbeiführung der Klemmlage zu tun hatte.

Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts reichen nicht aus, um dem Revisionsgericht die abschließende Beurteilung des Kausalzusammenhanges zu ermöglichen. Die Beteiligung des Schleusenpersonals an dem Unfallhergang muß in der angegebenen Richtung, gegebenenfalls unter Zuziehung unabhängiger Sachverständiger, geklärt und dann erneut zu der Verantwortlichkeit der Beklagten Stellung genommen werden.

Nimmt man die Formulierung aus dem Leitsatz 1 ernst, so dürfte es kaum eine Entwicklung geben, die als inadäquat bezeichnet werden könnte. Einem optimalen Beobachter, dem das gesamte Weltwissen zur Verfügung steht, ist halt keine Entwicklung unwahrscheinlich. Der Leitsatz 2 bringt auch deutlich zum Ausdruck, dass es gar nicht um Wahrscheinlichkeitserwägungen geht, sondern um eine Bewertungsfrage. Für diese Bewertungsfrage aber gibt es nach dem Stand der heutigen Zivilrechtsdogmatik einen angemesseneren Standort als die Adäquanzlehre.

### *b. Rechtswidrigkeitszusammenhang und Schutzbereichslehre*

Die Schutzbereichslehre bietet den besseren dogmatischen Standort. Nach ihr führen nur solche Rechtsgutsverletzungen und Schadensentwicklungen zu einer Schadensersatzpflicht, die im Schutzbereich der verletzten Pflicht liegen. Dazu muss man sich fragen, ob der Pflichtverstoß, den man jemandem vorhält, eine Pflicht betrifft, die gerade zur Vermeidung von Schäden der Art entwickelt worden ist, um deren Ersatz es in einem konkreten Fall geht. Im Gesamtkonzept können durchaus auch Wahrscheinlichkeitsüberlegungen eine Rolle spielen. Sie tun das aber nicht auf der Kausalitätsebene zur Ausscheidung inadäquater Entwicklungen, sondern auf der Ebene der Pflichtenbegründung, wenn es um das Merkmal der Vorhersehbarkeit geht.

*i. Grünstreifen-Fall*

Eine der grundlegenden Entscheidungen, in denen die Inadäquanz der Adäquanzlehre deutlich und die Tauglichkeit der Schutzbereichslehre belegt wird, findet sich im Grünstreifen-Fall:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 16.02.1972, Az: VI ZR 128/70

Leitsatz

Dem für einen Verkehrsunfall Verantwortlichen sind in der Regel nicht auch die Schäden zuzurechnen, die nachfolgende Kraftfahrer dadurch anrichten, daß sie, um die Unfallstelle umgehen zu können, über den Radweg und Fußweg der unfallbedingt gesperrten Straße fahren.

Fundstelle

BGHZ 58, 162-170 (LT1)

Tatbestand

Am 21. Juni 1968 ereignete sich auf der L.-Straße in B. ein Verkehrsunfall. Ein Lastkraftwagen der niederländischen Streitkräfte war bei dem Versuch, einen parkenden Kraftwagen zu überholen, mit einem ihm entgegenkommenden Personenkraftwagen zusammengestoßen. Die beiden Fahrer ließen ihre Fahrzeuge in der durch den rechts parkenden Wagen gebildeten Engstelle der Straße stehen, um das Eintreffen der Polizei abzuwarten. Infolgedessen war die Straße für die nachfolgenden Kraftfahrer zunächst gesperrt. Daraufhin fuhren mehrere Kraftfahrer, die wegen des vor ihnen stehenden LKW nicht weiterfahren konnten, um die Unfallstelle herum, indem sie über den rechts befindlichen Rad- und Fußweg fuhren. Als die Verkehrspolizei nach etwa 15 Minuten eintraf, waren an dem Rad- und Fußweg erhebliche Schäden entstanden. Für deren Beseitigung mußte die Stadt B., die Klägerin, als Wegeeigentümerin 1.736,58 DM aufwenden.

Die Kraftfahrer, die über den Bürgersteig gefahren waren, sind nicht ermittelt worden.

Die Bundesrepublik hat aufgrund der Bestimmungen des NATO-Truppenstatuts dem Eigentümer des von dem Militär-LKW angefahrenen PKW dessen Schaden ersetzt. Die Klägerin steht auf dem Standpunkt, daß die Bundesrepublik auch für die Schäden einstehen müsse, die jene Kraftfahrer beim Überfahren des Rad- und Gehweges verursacht hatten.

Während das Landgericht die Klage abgewiesen hat, hat ihr das Oberlandesgericht stattgegeben.

Auf die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof das Urteil des Landgerichts wiederhergestellt.



Entscheidungsgründe

Die Bundesrepublik hat, worüber die Parteien einig sind, nach den Bestimmungen des NATO-Truppenstatuts für die von dem LKW der niederländischen Streitkräfte verursachten Schäden in gleicher Weise einzustehen, wie wenn der Schaden von einem LKW der Bundeswehr angerichtet worden wäre. Anspruchsgrundlage ist daher zunächst § 839 BGB iV mit Art 34 GG, so daß eine Haftung aus den §§ 831, 823 BGB i Verb mit den Vorschriften der Straßenverkehrsordnung ausscheidet. Nach Satz 2 des § 839 Abs 1 BGB hätte die Klägerin dartun müssen, daß sie den Ersatz ihrer Schäden nicht anderweit erreichen konnte - vor allem nicht von den Kraftfahrern, die die eigentlichen Schadensurheber gewesen sind und ihr, wären sie ermittelt worden, zweifellos hätten Ersatz leisten müssen. Das Berufungsgericht brauchte nicht zu untersuchen, ob die Klägerin etwa, nachdem die schuldigen Kraftfahrer nicht hatten ermittelt werden können, einen Ersatzanspruch - wenigstens soweit er 1.000 DM übersteigt - gegen den „Entschädigungsfonds“ (§ 12 des PflVersG idF vom 5. April 1965 - BGBl I 213) hätte geltend machen können, (vgl aber auch § 152 VVG). Auf diese Frage kam es nicht mehr an, nachdem die Klägerin erklärt hatte, sich lediglich auf die Haftung der Beklagten nach § 7 StVG zu stützen. Daß an sich hier die Voraussetzungen dieser Haftungsnorm erfüllt sind, ist zwischen den Parteien nicht streitig. Da, wie das angefochtene Urteil feststellt, den Fahrer des LKW sogar ein Verschulden trifft, entfällt die Gefährdungshaftung nicht etwa wegen unabwendbaren Ereignisses (§ 7 Abs 2 StVG). Fraglich ist allein, ob auch die Schäden, welche die hinter dem die Straße sperrenden LKW zunächst zum Halten gezwungenen Kraftfahrer beim Überfahren des Rad- und Gehweges angerichtet haben, noch auf ein haftungsbegründendes Verhalten, hier die vom Halter zu vertretende Betriebsgefahr des LKW, zurückgeführt werden können. Das Berufungsgericht hat das bejaht.

I.

Diesem Standpunkt kann nicht gefolgt werden.

1. Dem Berufungsgericht muß zwar zugestimmt werden, wenn es auch im vorliegenden Fall den Ursachenzusammenhang zwischen dem zum Unfall führenden Verhalten des LKW-Fahrers und der Beschädigung von Rad- und Gehweg als adäquat angesehen hat (insofern richtig auch LG Düsseldorf NJW 1955, 1031: „Grünstreifen-Fall“). Erfahrungsgemäß gibt es bei Unfällen der hier geschehenen Art immer wieder Kraftfahrer, die - unzweifelhaft verkehrswidrig und wegen vorsätzlicher Sachbeschädigung strafbar (§ 303 StGB) - nicht so lange warten, bis die Weiterfahrt wieder möglich oder ihnen die Umfahrung durch eine Anordnung der Verkehrspolizei erlaubt worden ist. Angesichts der Erfahrung, daß das Verhalten jener Kraftfahrer immer wieder vorkommt, wird man sogar annehmen können, ein Kraftfahrer müsse voraussehen, daß ein von ihm verursachter Unfall im fließenden Verkehr derartige Reaktionen nachfolgender Fahrer mit den damit angerichteten Schäden an öffentlichen Straßen, privaten

Vorgärten, Zäunen usw zur Folge haben kann. Indes kommt es im vorliegenden Fall ohnehin nicht auf Verschulden als Zurechnungsgrund entscheidend an, weil die Klägerin ihren Ersatzanspruch auf § 7 StVG stützen kann.

Zu Unrecht zieht die Revision den Standpunkt des Berufungsgerichts in Zweifel, daß der LKW noch in dem Zeitpunkt „im Betrieb“ war, in welchem jene Kraftfahrer den Rad- und Gehweg überfahren. Der LKW war, als er zum Stehen gekommen war, aber die anderen Fahrzeuge an der Weiterfahrt hinderte, noch nicht aus dem Verkehr gezogen. Im Sinne des § 7 StVG dauert der Betrieb eines Kraftfahrzeugs so lange fort, wie es der Fahrer im Verkehr beläßt und die dadurch geschaffene Gefahrenlage fortbesteht (BGHZ 29, 163, 166). Auch stand das Ausweichen der ungeduldig gewordenen Kraftfahrer noch in dem erforderlichen nahen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit dem von dem LKW verursachten Zusammenstoß (vgl BGHZ 37, 311, 318). Wäre ein nachfolgendes Kraftfahrzeug, um nicht auf den vor ihm stehenden LKW aufzufahren, beim Bremsen ins Schleudern gekommen und dabei auf den Rad- und Gehweg geraten, so wäre der dabei von ihm angerichtete Schaden gewiß noch der Betriebsgefahr des LKW zuzurechnen. Nichts anderes würde gelten, wenn ein nachfolgender Kraftfahrer, um nicht aufzufahren oder nicht von nachkommenden Verkehrsteilnehmern angefahren zu werden, sein Fahrzeug bewußt auf den Radund Gehweg gelenkt hätte.

2. Lassen sich somit der adäquate Ursachenzusammenhang und der Zusammenhang mit der Betriebsgefahr des die Straße sperrenden LKW nicht verneinen, so hängt die Entscheidung des Rechtsstreits davon ab, ob einem Schädiger auch solche Folgen zugerechnet werden können, die auf einem „freien“ Entschluß eines Dritten beruhen (sog „Unterbrechung des Kausalzusammenhangs“ oder Regreßverbot“). Diese Frage stellt sich in Fällen der vorliegenden Art ohne Rücksicht darauf, ob der Geschädigte seinen Ersatzanspruch auf § 823 Abs 2 (iV mit den Vorschriften der StVO) oder Abs 1 BGB oder auf § 839 BGB oder, wie hier, weil die Straße durch ein Kraftfahrzeug gesperrt worden war, auf die §§ 7, 18 StVG stützt.

a) Entgegen der Meinung der Revision ist diese Zurechnung nicht schon deshalb zu verneinen, weil jene ungeduligen Kraftfahrer vorsätzlich und rechtswidrig handelten, als sie über den Rad- und Gehweg fuhren.

Die Zurechnung eines Schadens ist keineswegs schlechthin schon deshalb ausgeschlossen, weil er auf dem Eingreifen eines Dritten beruht (BGHZ 12, 206, 211; 17, 153, 159; 24, 263, 266). Nur dann, wenn die Ursächlichkeit des ersten Umstandes für das zweite Ereignis völlig unerheblich war, kann davon gesprochen werden, daß der Kausalzusammenhang „unterbrochen“ ist (BGHZ 3, 261, 268; 12, 211; 17, 159). Das ist hier nicht der Fall. Der Zurechnung steht auch nicht entgegen, daß jene Kraftfahrer den Schaden rechtswidrig angerichtet haben. Ob das Eingreifen des Dritten in den Ablauf des Geschehens rechtmäßig war oder

rechtswidrig, ist nicht von entscheidender Bedeutung für die Frage der Zurechnung.

Ebensowenig wird ein Schädiger, dessen Verhalten einen haftungsbegründenden Tatbestand erfüllt hat, von der Haftung für Schäden, die ein Dritter angerichtet hat, schon deshalb freigestellt, weil dieser außerdem vorsätzlich gehandelt hat (vgl. Senatsurteil vom 1. Februar 1966 - VI ZR 196/64 - LM BGB § 832 Nr 8a; vgl. auch Larenz in NJW 1958, 627 gegen NJW 1955, 1009). Deshalb muß zB der Fahrer und der Halter, dessen Kraftwagen einen Lieferwagen so angefahren hat, daß dessen Ladung auf die Straße gefallen ist, nicht nur die Waren ersetzen, die bei dem Unfall beschädigt worden sind oder nicht mehr geborgen werden konnten, sondern auch die aus der verstreut auf der Straße liegenden Ladung gestohlenen Waren. Hier kann der für den Unfall Haftende den Geschädigten nicht auf seine Ansprüche gegen die Diebe verweisen; der von diesen verursachte Schaden ist auch ihm zuzurechnen, weil er die Gefahr, daß der durch den Unfall Geschädigte bestohlen werden könnte, geschaffen hat. Daß diese Folgen seines haftungsbegründenden Tuns, nämlich das Halten seines schadensträchtigen Kraftfahrzeugs oder der Verkehrsverstoß seines Fahrers, nicht mehr in den Bereich der Gefahren fielen, zu deren Abwehr jene Haftungsnormen (§§ 7, 18 StVG, §§ 823ff BGB iV mit den Vorschriften der StVO usw) erlassen worden sind, kann nicht angenommen werden (vgl. BGHZ 27, 137, 140; H. Lange Gutachten zum 43. DJ-Tag 1960 S 50). Ebensowenig kann, wer aufgrund Vertrages dafür einzustehen hat, daß eine Sache behütet bleibt, seinen trotzdem bestohlenen Auftraggeber auf seine Ansprüche gegen den Dieb verweisen. Auch durch Gesetz können derartige „Garantenpflichten“ begründet sein. So kann unter Umständen die einem Verkehrsteilnehmer obliegende Sorgfaltspflicht so weit gehen, daß er darauf achtet, nicht durch sein verkehrswidriges Verhalten Dritte zu vorsätzlichen Verkehrsverstößen zu verleiten. Vor allem ist der Halter eines Kraftfahrzeugs für sämtliche Schäden verantwortlich, die mit dem Betrieb seines Fahrzeugs verbunden sind, gleichviel wie im konkreten Fall dessen Gefährlichkeit schadenswirksam geworden ist; er haftet auch für Schäden, die der Schwarzfahrer mittels seines Fahrzeugs bewußt und gewollt anrichtet, sogar bei vorsätzlicher Tötung eines Menschen (BGHZ 37, 311, 316/317).

b) Bei wertender Betrachtung liegt aber der hier zu entscheidende Fall anders. Die Kraftfahrer sind, nachdem sie auf der Straße zum Halten gekommen waren, aus freien Stücken über den Rad- und Gehweg gefahren. Das war nur insofern noch mit dem Unfall, also mit der Fahrweise des LKW und der von ihm ausgehenden Betriebsgefahr verknüpft, als der Unfall mit seiner Sperrung der Straße den Anlaß für das Verhalten jener Kraftfahrer bildete. Dies aber war nicht mehr als ein äußerer Umstand, der lediglich die Motivation für das eigenmächtige, nicht mehr von Rücksichten auf Verkehrssicherheit bestimmte Verhalten der Kraftfahrer abgab. Er kann daher nicht als ausreichend angesehen werden, um einen zurechenbaren Zusammenhang zu begründen (vgl. auch BGHZ 25, 86, 90; Senatsurteil vom 12. Februar 1963 - VI ZR 181/62 - LM BGB § 823 (C) Nr 28).

Vor allem kann hier nicht gesagt werden, daß das Verhalten des LKW-Fahrers und die Sperrung der Straße das Handeln jener Kraftfahrer „herausgefordert“ hätte (so die Formulierung von Larenz, Schuldrecht, Bd I 10. Aufl § 27 III b3 S 323; vgl BGHZ 57, 25, 28 mw Nachw). Eine solche zum Eingreifen Dritter drängende Lage war durch die Sperrung der Straße nicht entstanden. „Herr“ des schadenstiftenden Geschehens waren in bezug auf die Beschädigung des Randstreifens allein die ungeduldigen Kraftfahrer und nicht auch der Fahrer des LKW. Der vorliegende Fall gibt daher keinen Anlaß zur Prüfung, ob bei der Frage nach der „Herausforderung“ des vorsätzlichen Handelns des Dritten auch dem Grade und der Erheblichkeit der hervorgerufenen Gefahr für die Rechtsgüter anderer Bedeutung zukommt. Die Entscheidung folgt im Streitfall bereits aus dem Grundsatz, daß die Vorgänge, die für die Frage nach der Zurechnung eines Schadens erheblich sind, stets einer wertenden Betrachtung zu unterwerfen sind (BGHZ 18, 286, 288; 30, 154, 157; Senatsurteile vom 8. Januar 1963 - VI ZR 80/62 - und vom 12. Februar 1963 - VI ZR 181/62 - BGH LM BGB § 823 (C) Nr 27 und Nr 28).

Bei wertender Betrachtung besteht ein für die Haftung ausreichender Zusammenhang zwischen dem Verhalten des LKW-Fahrers und der Sachbeschädigung hier auch dann nicht, wenn zugunsten der Klägerin nicht nur auf § 7 StVG abgestellt wird, sondern auf das den LKW-Fahrer treffende Verschulden, das zu dem Zusammenstoß geführt hat. Hier waren nach der Rechts-, vor allem der Verkehrsordnung die Verantwortungsbereiche deutlich getrennt: Der Fahrer und der Halter des LKW waren verantwortlich für den Zusammenstoß und seine Folgen für andere Verkehrsteilnehmer, die etwa in den Unfall verwickelt worden waren, sowie für alle durch den Zusammenstoß in Mitleidenschaft gezogenen Sachen. Für die Beschädigung des Rad- und Gehweges sind aber bei dem hier gegebenen Schadensverlauf allein die Kraftfahrer, die über ihn gefahren waren, verantwortlich. Die für den Fahrer des LKW geltenden Gebote und Verbote schützten nur insoweit auch die Interessen derer, die mit ihrem Eigentum dem Verkehrsraum nahe waren, als der Fahrer nicht mit seinem LKW auf den Bürgersteig geraten und nicht Anlaß dafür geben durfte, daß andere Fahrzeuge, um nicht mit ihm zusammenzustoßen, auf das Gelände neben der Straße ausweichen mußten. In seinen Pflichtenkreis fällt aber nicht mehr das, was sich, nachdem das Unfallgeschehen beendet war, dadurch ereignete, daß die nachfolgenden, schon zum Halten gelangten Kraftfahrer über den Rad- und Gehweg fahren, um schneller vorwärts zu kommen. Diese daran zu hindern, war der LKW-Fahrer weder tatsächlich in der Lage noch rechtlich verpflichtet. Daß die vom Berufungsgericht bejahte Zurechnung zu weit geht, wird auch dadurch deutlich, daß die Klägerin, wäre ihr Standpunkt zutreffend, auch den Halter des PKW, auf den der LKW aufgefahren war, in Anspruch nehmen könnte, wenn diesem nicht der Entlastungsbeweis aus § 7 Abs 2 StVG gelungen wäre; unter Umständen könnte dann sogar die Mit-Haftung des rechts parkenden Kraftwagens in Betracht kommen. Zu weit ginge es auch, einen Halter, dessen Fahrzeug sich infolge Versagens seiner Einrichtungen (§ 7 Abs 2 StVG) in der Straße quergestellt hat, für

die Schäden haften zu lassen, die nachfolgende Kraftfahrer durch Überfahren des Bürgersteiges angerichtet haben.

3. Hier war es nach alledem nicht die Betriebsgefahr des LKW oder die Fahrweise des Fahrers, die in zurechenbarer Weise zu den Schäden an dem Bürgersteig geführt hat. Diese mögen allerdings dadurch verursacht worden sein, daß der Fahrer des LKW diesen anschließend so lange stehen ließ, bis die hereingerufene Verkehrspolizei eintraf. Sollte er für die dadurch herbeigeführte Behinderung des Verkehrs (vgl. § 1 StVO) keinen vernünftigen Grund (mehr) gehabt haben, so könnte aus diesem Verhalten eine Haftung für die von den ungeduldig gewordenen Kraftfahrern angerichteten Schäden hergeleitet werden (§ 823 Abs 1 und 2, hier § 839 BGB), so daß auch der Halter (nach § 831 BGB, hier die Beklagte nach Art 34 GG) haftbar sein könnte. Eine so begründete Haftung ist aber rechtlich von der Haftung aus dem vorausgegangenem Verhalten für die eigentlichen Unfallfolgen zu trennen. Jene Haftung könnte auch den treffen, der die Straße nicht durch ein Kraftfahrzeug (§ 7 StVG) sperrt oder an dem Unfall schuldlos gewesen war.

Unter welchen Voraussetzungen eine solche Haftung zu bejahen wäre, bedarf hier keiner Prüfung. In dieser Richtung hat die Klägerin gegen den Fahrer des LKW keine Vorwürfe erhoben.

## II.

Die Klägerin kann sich somit wegen der Schäden, die ihr jene Kraftfahrer zugefügt haben, lediglich an diese halten. Sie läuft zwar, nachdem diese nicht mehr zu ermitteln sind, Gefahr, den Schaden endgültig tragen zu müssen. Das aber ist ein allgemeines Risiko, das jeden Anlieger einer vom Verkehr benutzten Straße trifft und das sie nicht auf die Beklagte abwälzen kann (vgl. H. Lange aaO S 53). Infolgedessen kann das angefochtene Urteil nicht aufrechterhalten bleiben (vgl. die Bedenken von von Caemmerer DAR 1970, 290; Jagusch, Straßenverkehrsrecht, 19. Aufl. § 7 StVG Anm 2d S 886). Mit Recht ist daher auch das „Grünstreifen-Urteil“ des Landgerichts Düsseldorf angegriffen worden (Larenz, NJW 1955, 1009, und von Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhangs, 1956 = Gesammelte Schriften S 398, 405). Auch im übrigen Schrifttum wird dieses Urteil überwiegend als unrichtig angesehen (H. Lange aaO; Wolf, Der Normzweck im Deliktsrecht, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Bd 42 S 30; Rother NJW 1965, 180 und in Haftungsbeschränkungen im Schadensrecht 1965 S 26; Deutsch in der Festschrift für Honig 1970 S 33, 51; Esser Schuldrecht, Bd I 4. Aufl. § 45 II 2 Fn 9; Erman/Sirp, BGB 4. Aufl. § 249 Anm 3h; von Caemmerer DAR 1970, 290).

Somit war das die Klage abweisende Urteil des Landgerichts wiederherzustellen.

### *ii. Schockschadenfälle*

Mit der Schutzbereichslehre hängt auch die Ersatzfähigkeit sog. Schockschäden zusammen. Dabei geht es um Schäden, die jemand erleidet, weil er einem

Unfallgeschehen zusehen muss oder eine Nachricht über einen Unfall erhält. Ein erstes Problem liegt hier in der Festlegung dessen, was man eine Gesundheitsverletzung nennen will. Das normale Entsetzen, die übliche Trauer reicht da nicht hin. Es muss schon ein pathologischer Zustand ausgelöst werden. Ist das der Fall, liegen weitere Probleme nicht auf der Ebene der Kausalität. Der Unfallverursacher ist auch kausal für den pathologischen Schockzustand. Hätte er sich pflichtgemäß verhalten, wäre es nicht zu dem Unfall gekommen; wäre es nicht zu dem Unfall gekommen, hätte der Beobachter oder Nachrichtempfänger auch keinen Schock erlitten. Man spricht hier von psychisch vermittelter Kausalität. Und das ist eine Kausalität wie jede andere. Die Probleme liegen in der Bestimmung des Schutzbereichs der durch den Unfallverursacher verletzte Pflichten. Wird ein verkehrsgerechtes, unfallvermeidendes Verhalten geboten, um (auch) Schockschäden zu vermeiden?

Die Frage wird von der Rechtsprechung nicht verneint. Allerdings wird der geschützte Personenkreis auf solche Personen eingegrenzt, die mit dem Unfallopfer in besonderer Weise verbunden sind.

Die Leitentscheidung zu den Schockschadenfällen ist die folgende:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 11.05.1971, Az: VI ZR 78/70

Leitsatz

1. Die seelische Erschütterung („Schockschaden“) durch die Nachricht vom tödlichen Unfall eines Angehörigen begründet einen Schadensersatzanspruch gegen den Verursacher des Unfalls nicht schon dann, wenn sie zwar medizinisch erfaßbare Auswirkungen hat, diese aber nicht über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen hinausgehen, denen nahe Angehörige bei Todesnachrichten erfahrungsgemäß ausgesetzt sind. Der Schutzzweck des BGB § 823 Abs 1 deckt nur Gesundheitsbeschädigungen, die nach Art und Schwere diesen Rahmen überschreiten.

Bei einer durch den Unfall eines Angehörigen seelisch vermittelten Gesundheitsschädigung ist, wenn den unmittelbar Verletzten ein Mitverschulden trifft, BGB § 846 auch nicht entsprechend anwendbar (Abweichung von RGZ 157, 11); es kommt aber nach BGB §§ 254, 242 eine Anrechnung des fremden Mitverschuldens in Betracht, weil die psychisch vermittelte Schädigung nur auf einer besonderen persönlichen Bindung an den unmittelbar Verletzten beruht.

Fundstelle

BGHZ 56, 163 (LT1)

Tatbestand

Der Ehemann der Klägerin wurde am 6. März 1965 im Alter von 64 Jahren durch den Personenkraftwagen des Beklagten tödlich verletzt.

Mit der Klage verlangt die damals 50 Jahre alte Klägerin Ersatz für Gesundheitsschäden, die sie selbst gelegentlich des Unfalltodes des Ehemannes erlitten haben will.

Das Landgericht hat der Klage voll, das Oberlandesgericht hat ihr teilweise stattgegeben.

Die zugelassene Revision des Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

Entscheidungsgründe

A. I. II. III. 1 ... 2 (a) ...

b) Das Berufungsurteil ist schon insoweit nicht haltbar, als es überhaupt eine durch die Unfallnachricht ausgelöste echte Gesundheitsstörung (vgl. BGH Urteil vom 9. November 1965 - VI ZR 260/63 = VersR 1966, 283, 285ff; OLG Freiburg JZ 1953, 709, 705) bei der Klägerin bejaht.

Das geltende Recht versagt bewußt - von hier nicht einschlägigen Sonderfällen abgesehen - einen Anspruch für Schäden durch zugefügten seelischen Schmerz, sofern dieser nicht wiederum eine Auswirkung der Verletzung des (eigenen) Körpers oder der (eigenen) Gesundheit ist. Mit dieser Entscheidung des Gesetzgebers ist es zwar vereinbar, daß ein selbständiger Schadensersatzanspruch demjenigen zusteht, bei dem eine ungewöhnliche, „traumatische“ Auswirkung des Unfallerlebens oder der Unfallnachricht sich in einer echten körperlichen oder geistig/seelischen Gesundheitsschädigung verwirklicht. Auch der Umstand, daß diese ungewöhnliche Erlebnisreaktion im Einzelfall nur auf der Grundlage einer vorgegebenen organischen oder seelischen Labilität möglich gewesen sein mag, dem Unfallerleben also nur eine auslösende Wirkung zukam, steht - unbeschadet der von der Rechtsprechung für die Sonderfälle der Zweckneurosen und der überholenden Ursächlichkeit entwickelten Grundsätze - der Anerkennung eines Schadensersatzanspruchs nicht entgegen. Der entgegengesetzten Anregung von Stoll, Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, 1964, S 20, kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil sich auch eine ungewöhnliche Reaktion aufgrund einer vorhandenen Schadensbereitschaft regelmäßig nicht nur der Einflußnahme des Schädigers, sondern auch derjenigen des Geschädigten entzieht.

Andererseits gilt es zu beachten, daß nach allgemeiner Erkenntnis und Erfahrung ein starkes negatives Erlebnis, das Empfindungen wie Schmerz, Trauer und Schrecken hervorruft, regelmäßig physiologische Abläufe und seelische Funktionen in oft sehr empfindlicher Weise stört. Schon solche Störungen als Gesundheitsbeschädigungen im Sinne der Vorschrift des § 823 Abs 1 BGB anzuerkennen, wäre mit der verbindlichen Entscheidung des Gesetzes nicht

vereinbar (Stoll aaO S 19ff). Vielmehr ist jedenfalls bei den Fällen, in denen die psychisch vermittelte gesundheitliche Beeinträchtigung vom Täter nicht gewollt war, unabhängig von der herkömmlichen Adäquanzformel eine Beschränkung auf solche Schäden erforderlich, die nicht nur in medizinischer Sicht, sondern auch nach der allgemeinen Verkehrsauffassung als Verletzung des Körpers oder der Gesundheit betrachtet werden (Stoll aaO S 21; vgl die zahlreichen Hinweise auf die uneinheitliche Praxis der Instanzgerichte bei Bick, Haftung für psychisch verursachte Körperverletzungen, Diss Freiburg 1970 S 7ff). Deshalb müssen unter Umständen auch Beeinträchtigungen ersatzlos bleiben, die zwar medizinisch erfaßbar sind, aber nicht den Charakter eines solchen „schockartigen“ Eingriffs in die Gesundheit tragen; so können die oft nicht leichten Nachteile für das gesundheitliche Allgemeinbefinden, die erfahrungsgemäß mit einem tief empfundenen Trauerfall verbunden sind, regelmäßig keine selbständige Grundlage für einen Schadensersatzanspruch bilden.

c) Der Prüfung nach diesen Grundsätzen hält das Berufungsurteil nicht stand. Das Berufungsgericht legt Gewicht auf die Feststellung des Gutachters, es „sei verständlich, daß die Klägerin durch die Nachricht vom Tode ihres Ehemannes zunächst einen schweren seelischen Schock erlitten habe“. Die Folgerungen, die es für seine Entscheidung daraus ziehen will, sind jedoch in der bisherigen Form nicht haltbar. Der Gutachter war im Beweisbeschluß befragt worden, ob die Klägerin „einen schweren seelischen Schock mit Wesensänderungen in Form von Depressionen, übermäßiger Erregbarkeit, Schlaflosigkeit, Weinanfällen und Zittern bei geringster Aufregung“ erlitten habe. Das Berufungsgericht war bei der Formulierung dieser Beweisfrage offenbar der schriftlichen Äußerung des Hausarztes, Dr C., gefolgt, deren sachlichen Gehalt auch der Gutachter kritisch gegenübersteht. Der Sachverständige hat daraufhin jedoch lediglich in allgemeiner Form den Eintritt eines „schweren seelischen Schocks“ bestätigt, wobei seine unmittelbar anschließenden Ausführungen sogar Zweifel erwecken, ob er damit einen medizinischen Befund bestätigen wollte. Von den weiter gefragten Begleiterscheinungen hat er keine bejaht, sie vielmehr im Rahmen seiner eigenen Beobachtungsmöglichkeit verneint. Dem Berufungsgericht kann nicht gefolgt werden, wenn es schon aus dieser Bekundung des Sachverständigen ohne Rückfrage eine anspruchsbegründende Gesundheitsschädigung der Klägerin entnehmen will.

Mit einem „schweren seelischen Schock“ bezeichnet die Umgangssprache eine heftige reaktive Gemütsbewegung, die keinen Krankheitscharakter aufzuweisen braucht. Der ärztlichen Terminologie ist der Begriff des Schocks als psychopathologischer Zustand fremd. Der pathologische Begriff des „Schocks“ bezeichnet - wenn man vom Sonderfall der „Schocktherapie“ absieht - lediglich eine akute Kreislaufstörung (vgl hierzu Pschyrembel: Klinisches Wörterbuch 185. - 250. Aufl 1969 Stichwort „Schock“), die mitunter auch durch ein Unfallerebnis (weniger durch eine bloße Unfallnachricht) ausgelöst werden kann. Dieser Prozeß ist seiner Natur nach vorübergehend, kann aber zu bleibenden organischen



Schäden führen. Daß der Gutachter dergleichen bekunden wollte, ist nicht ersichtlich.

Daneben kann ein Unfallereignis (und weniger häufig wohl auch eine Unfallnachricht) auch zu psycho-pathologischen Auswirkungen führen, die in der Medizin als Neurose (nicht notwendig eine nicht entschädigungspflichtige Zweckneurose) oder in schweren Fällen auch als „Psychose“ eingeordnet werden (Bleuler: Lehrbuch der Psychiatrie 11. Aufl 1969 S 513ff; vgl dazu auch Bick aaO S 9f). Daß der Sachverständige ein solches Krankheitsbild feststellen will (insbesondere nicht nur nicht ausschließt, was für den der Klägerin obliegenden Beweis nicht genügen würde), läßt sein Gutachten bisher gleichfalls nicht erkennen.

B.

I. Sollte das Berufungsgericht aufgrund erneuter Prüfung wiederum zur Bejahung eines Anspruchs kommen, dann wird es anders als bisher auch ein Mitverschulden des getöteten Ehemannes nicht außer Betracht lassen dürfen.

1. Dem Berufungsgericht ist zwar beizutreten, soweit es eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 846 BGB auf Fälle der vorliegenden Art ablehnt. Es setzt sich damit bewußt in Widerspruch zu der Ansicht des Reichsgerichts (RGZ 157, 11; RG DR 1940, 163), der sich ein Teil des Schrifttums angeschlossen hat (Staudinger/Schäfer, BGB 10./11. Aufl, § 846 Rdz 8; BGB-RGRK, 11. Aufl, § 846 Anm 2; Erman/Drees, BGB 4. Aufl, § 846 Anm 2; Palandt/Thomas, BGB 29. Aufl, § 846 Anm 2; Geigel, Haftpflichtprozeß 14. Aufl, S 194 RdZ 69; von Hippel, NJW 1965, 1890, 1893; von Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht 1956 S 15). Der Auffassung des Reichsgerichts kann jedoch in dieser Form nicht gefolgt werden. Das Reichsgericht geht zwar richtig davon aus, daß der Gesetzgeber grundsätzlich nur dem durch die unerlaubte Handlung unmittelbar Verletzten einen Schadensersatzanspruch gewähren und von dieser Regel lediglich zugunsten der Hinterbliebenen bzw Dienstberechtigten die in §§ 844, 845 BGB angeordneten Ausnahmen machen wollte. Soweit es aber die entsprechende Anwendung des § 846 BGB damit begründet, daß mit der Bejahung eines Anspruchs des Dritten, der eine durch die Verletzung oder Tötung eines anderen herbeigeführte Gesundheitsbeschädigung erlitten habe, die Haftung des unerlaubt Handelnden auf eine andere Art von „mittelbarer Schädigung eines Dritten“ ausgedehnt worden sei, kann ihm nicht beigetreten werden. Diese Fälle unterscheiden sich von denen der §§ 844, 845 BGB wesentlich dadurch, daß hier auch der geschädigte Dritte in einem der Rechtsgüter des § 823 Abs 1 BGB betroffen und deshalb unmittelbar Geschädigter mit einem eigenen Anspruch aus § 823 Abs 1 BGB ist. Die Ansprüche der mittelbar Geschädigten aus §§ 844, 845 BGB setzen eine schaden- und haftungsbegründende Einwirkung auf den unmittelbar Verletzten voraus (BGH, Urteil vom 13. Juni 1961 - VI ZR 224/60 - VersR 1961, 846, 847). Deshalb ist in § 846 BGB angeordnet, daß ein Verschulden des Verletzten, das bei der

Entstehung des Schadens des Dritten mitgewirkt hat, auf die Ansprüche aus §§ 844, 845 BGB anzurechnen ist. Diese im Rahmen der §§ 844, 845 BGB sinnvolle Regelung paßt aber nicht auf den selbständigen Anspruch des Dritten aus § 823 Abs 1 BGB. Daß der unmittelbare Schaden des Dritten durch die Verletzung einer anderen Person vermittelt worden ist, ist für den Anspruch aus § 823 Abs 1 BGB unerheblich. Der Schadensersatzanspruch des Dritten ist vielmehr im Regelfall unabhängig davon, ob der unmittelbar Verletzte oder Getötete selbst einen Ersatzanspruch hat oder gehabt hätte (OLG München, NJW 1959, 819d; Deubner, NJW 1957, 1269f; Esser, Schuldrecht Bd II 3. Aufl S 451; Wussow, Unfallhaftpflichtrecht 10. Aufl RdZ 95; Weimar, MDR 1964, 987, 988 und MDR 1970, 565, 566; Müller, Straßenverkehrsrecht 22. Aufl, § 10 StVG RdZ 13; Selb, Festschrift zum 50jährigen Bestehen des Instituts für ausl und internat Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg 1967, S 259, 267f; Deutsch JuS 1969, 197, 200).

2. Gleichwohl ist wenigstens für Fälle der vorliegenden Art im Ergebnis der Auffassung des Reichsgerichts beizutreten, daß das Mitverschulden des getöteten Ehemannes bei der Bemessung des eigenen Anspruchs der durch mittelbare Verursachung geschädigten Ehefrau nicht außer Betracht bleiben darf. Dies ergibt sich aus einer entsprechenden Anwendung der Vorschrift des § 254 BGB, in der sich der allgemeinere Rechtsgedanke des § 242 BGB ausdrückt (BGHZ 34, 355).

a) Hinsichtlich des nach Billigkeit zu bemessenden Schmerzensgeldanspruchs (§ 847 BGB) ist dies nicht zweifelhaft. Es ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urt v 16. November 1961 - III ZR 189/60 - VersR 1962, 93) anerkannt, daß beim Schmerzensgeldanspruch - im Gegensatz zu den für den Vermögensschaden geltenden Grundsätzen - die in der besonderen körperlichen und seelischen Verfassung des Verletzten liegende Schadensbereitschaft anspruchsmindernd in Betracht gezogen werden kann. Beim Schmerzensgeld bildet auch das eigene Mitverschulden des Geschädigten, das hier nicht in Frage steht, nur einen Bemessungsfaktor für die nach den Umständen billige Entschädigung (vgl BGHZ 18, 149, 157). Für andere Verursachungsbeiträge, die aus dem dem Geschädigten zugeordneten Bereich, hier aus einem Angehörigenverhältnis zu dem Verletzten oder Getöteten, hervorgehen, kann nichts anderes gelten.

b) Für die hier gegebene Fallgruppe der Gesundheitsschädigung durch sog Fernwirkung ist aber auch hinsichtlich des Vermögensschadens die Meinung des Reichsgerichts im Ergebnis zutreffend, daß sich ein Mitverschulden des unmittelbaren Unfallopfers zu Lasten des durch mittelbare Verursachung an seiner Gesundheit geschädigten Angehörigen auswirken müsse. Denn hier wird die Ursachenverbindung zwischen dem bei der Klägerin (angeblich) eingetretenen Gesundheitsschaden und dem Unfalltod ihres Ehemannes nur dadurch vermittelt, daß sich die Schockgeschädigte infolge ihrer engen persönlichen Bindung zu dem unmittelbaren Unfallopfer das diesem zugestoßene Unglück zu eigen macht. Daß die bloße Nachricht vom Unfalltod einer anderen, der Klägerin nicht

nahestehenden Person eine gleiche Wirkung getan haben würde, ist kaum denkbar, wäre jedenfalls so ungewöhnlich, daß man die Voraussehbarkeit einer Gesundheitsbeschädigung verneinen müßte und überdies dem Beklagten diese Schadensfolge billigerweise nicht mehr zurechnen könnte.

Wenn aber die enge persönliche Beziehung so der ausschlaggebende Grund für den Eintritt des Gesundheitsschadens der Klägerin war, dann kann ihr Schadensersatzanspruch von einem eigenen Verschulden des Ehemannes an dem ihm zugestoßenen Unfall im Verhältnis zum Beklagten billigerweise nicht unberührt bleiben. Der Grundgedanke des § 254 BGB, der es verbietet, Schadensersatz auch insoweit zu fordern, als eine zusätzliche, für den Erfolgseintritt wesentliche Schadensursache aus dem eigenen Verantwortungsbereich hervorgegangen ist, muß vielmehr entsprechende Anwendung finden.

In diesem Zusammenhang ist ferner in Betracht zu ziehen, daß die Klägerin einen durch den Tod ihres Ehemannes vermittelten eigenen Gesundheitsschaden im Zweifel dann ersatzlos hätte hinnehmen müssen, wenn der Tod allein auf dessen mangelnder Sorgfalt gegenüber seinem eigenen Wohl beruht hätte. Es kann nämlich - abgesehen von besonders gelagerten Fällen, wie etwa dem einer bewußt schockierend gestalteten Selbsttötung - zwar eine sittliche, nicht aber eine Rechtspflicht anerkannt werden, das eigene Leben und die eigene Gesundheit deshalb zu schonen, weil sonst eine seelische Fehlverarbeitung des Todes oder Unfalls durch Angehörige gewärtigt werden muß; durch die Anerkennung einer solchen Rechtspflicht würde die persönliche Selbstbestimmung in einer der Rechtsordnung fremden Weise eingeschränkt.

Daraus ergibt sich zugleich, daß die vom Berufungsgericht und von einem Teil des Schrifttums vertretene Auffassung, das Mitverschulden des Erstgeschädigten sei nicht zu berücksichtigen, in den Fällen des durch Fernwirkung eingetretenen Schockschadens zu unhaltbaren Ergebnissen führt. Denn nach dem Ausgeführten ist die vom Reichsgericht (RGZ 157, 11, 14) und im Schrifttum geäußerte Meinung, der Schädiger könne gegen die Erben des Erstgeschädigten einen Ausgleichsanspruch nach §§ 840, 426, 254 BGB erheben, nicht richtig, da der Erstgeschädigte dem Schockgeschädigten nicht als Gesamtschuldner ersatzpflichtig geworden ist. Infolgedessen müßte vom Standpunkt der hier abgelehnten Auffassung aus der Schädiger vollen Ersatz des Erwerbsschadens der schockgeschädigten Ehefrau des Unfallopfers auch dann leisten, wenn dieses den eigenen Tod so weitgehend selbst verschuldet hat, daß in seinem Verhältnis zum Schädiger dieser nach § 254 BGB ganz freigestellt sein würde. Ein solches Ergebnis ist nicht annehmbar.

Nun trifft zwar grundsätzlich den in Anspruch genommenen Schädiger das Risiko, ob andere mithaftenden und gegebenenfalls mit Erfolg auf Ausgleich in Anspruch genommen werden können. Dies gilt aber nicht ausnahmslos. So hat die Rechtsprechung einen Schutz des Zweitschädigers für geboten erachtet, wo der

Geschädigte einem Erstschädiger aufgrund persönlicher Beziehung eine Haftung von vornherein erlassen hatte (BGHZ 12, 213). Im vorliegenden Fall ist allerdings nicht durch willkürliches Verhalten des Gläubigers die Mithaftung eines Dritten von vornherein ausgeschlossen oder durch Erlaß beseitigt worden. Vielmehr war die unfreiwillige Einwirkung des Unfallopfers auf die Gesundheit der Schockgeschädigten schon an sich derart, daß sie die Entstehung eines Ersatzanspruchs im Verhältnis dieser Personen zueinander ausschloß. Diese besonders geartete Schadenswirkung war aber wiederum nur durch die besonders enge persönliche Bindung zwischen der Klägerin und dem Unfallopfer vermittelt worden, vermöge deren die Klägerin das fremde Unglück auch als eigenes, die Tötung des Mannes als schweren eigenen Verlust empfand. Bei dieser Gestaltung geht es zwar nicht an, das Unfallopfer bzw seine Erben im Rahmen des Ausgleichs mit einer Haftung zu belasten. Wohl aber erfordert es die Billigkeit, daß der Verursachungsbeitrag des vom Unfall unmittelbar Betroffenen nicht dem fremdem Schädiger, sondern dem Angehörigen zugerechnet wird, dessen gesundheitliche Reaktion entscheidend auf einer durch persönliche Beziehung hergestellten Teilnahme am Schicksal des Unfallopfers beruht. Ähnliche Billigkeitserwägungen haben den Gesetzgeber zu der Regelung des § 846 BGB geführt, wenn diese auch, wie bereits dargelegt, einen anderen Fall betrifft. Die Protokolle (II 2 S 638ff) führen hierzu aus, die Anschauung, daß der Ersatzanspruch eines Dritten gegen den Verletzenden ein vollkommen selbständiger sei, beruhe auf theoretischen Erwägungen und enthalte eine Übertreibung der logischen Konsequenzen; ihre strenge Anwendung führe zu Ergebnissen, die der Gerechtigkeit und Billigkeit zuwiderlaufen; der Anspruch der Hinterbliebenen eines Getöteten habe seinen Grund in der Tötung; es liege in der Natur der Sache, daß die Hinterbliebenen mit Rücksicht auf ihre Beziehungen zu dem Verletzten auch die Folgen aus dessen fahrlässigem Verhalten, insofern dieses den tödlichen Ausgang herbeigeführt oder beschleunigt habe, auf sich nehmen müßten.

Nach alledem ist das, was gegen das Ergebnis der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dieser Frage vorgebracht wird, nicht überzeugend genug, um den durch die Rechtsprechung entwickelten Anspruch auf Ersatz der schon nach ihrem Zustandekommen besonders gearteten Schockschäden in der vom Berufungsgericht angestrebten Richtung zu erweitern. Es bleibt noch zu bemerken, daß - entgegen einer im Schrifttum weit verbreiteten Auffassung das Reichsgericht sich vollkommen klar darüber war und blieb (vgl RGZ 162, 321), daß es sich bei dem Schockschaden um die unmittelbare Verletzung eines durch § 823 Abs 1 BGB geschützten Rechtsguts und nicht - wie in den Fällen der §§ 844, 845 BGB - um den Ersatz nur mittelbaren Schadens handelt.

c) Der vorliegende Fall gibt keinen Anlaß zu der Prüfung, wie zu entscheiden wäre, wenn und soweit die persönliche Bindung als Ursache der psychisch vermittelten Schädigung hinweggedacht werden kann, und inwieweit gegebenenfalls überhaupt auch Fehlreaktionen dritter, mit dem Unfallopfer nicht

verwandtschaftlich oder sonst eng verbundener Personen im Verhältnis zum Schädiger als zurechenbare Schadenswirkung anerkannt werden könnten.

Auf eine mehrfach psychisch vermittelte Kausalität treffen wir in der folgenden Entscheidung:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 05.02.1985, Az: VI ZR 198/83

Leitsatz

1. Der Schädiger haftet grundsätzlich auch dann dem später mit einem Gesundheitsschaden zur Welt gekommenen Kind aus unerlaubter Handlung auf Schadensersatz, wenn die Verletzung der Leibesfrucht durch einen Angriff auf die Psyche der Schwangeren vermittelt wird (Weiterentwicklung BGH, 1972-01-11, VI ZR 46/71, BGHZ 58, 48).

2. Ein Haftungszusammenhang zwischen einem Verkehrsunfall mit tödlichen oder lebensbedrohenden Verletzungen des Unfallopfers, dem Schock der Schwangeren bei der Nachricht hiervon und der durch ihre psychische Beeinträchtigung vermittelten Schädigung der Leibesfrucht besteht jedenfalls dann, wenn das Unfallopfer ein naher Angehöriger und wenn die Schädigung der Leibesfrucht schwer und nachhaltig ist.

Fundstelle

BGHZ 93, 351-358 (LT1-2)

NJW 1985, 1390-1392 (LT1-2)

JZ 1985, 538-540 (LT1-2)

Nicht immer gibt es Schmerzensgeld für den erlittenen Schock:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 13.01.1976, Az: VI ZR 58/74

Leitsatz

Voraussetzungen für die Zubilligung eines Schmerzensgeldes wegen eines erlittenen „Schockschadens“.

Fundstelle

NJW 1976, 673-674 (ST1-2)

Tatbestand

Die damals 28 Jahre alte Ehefrau des Erstklägers und Mutter der Kläger zu 2-4 verstarb am 29. Mai 1970 an den Folgen eines vom Erstbeklagten verschuldeten Verkehrsunfalles. Die Verunglückte befand sich auf der Rückfahrt aus der Gastwirtschaft J. in S., deren Inhaberin die Ehefrau des Erstbeklagten war. Sie half

dort - meist zum Wochenende und an Feiertagen, so auch am 28. Mai 1970, dem Fronleichnamstag - als Bedienung aus. In der Regel brachte der Erstkläger seine Frau zur etwa 40 km entfernt liegenden Gaststätte und holte sie dort auch wieder ab. Gelegentlich fuhr sie auch der Erstbeklagte heim. Die Ehefrau des Erstbeklagten war Halterin des verunglückten Fahrzeugs, das bei der Zweitbeklagten haftpflichtversichert war.

Der Erstbeklagte, der im Zeitpunkt der Unglücksfahrt keine Fahrerlaubnis besaß, wurde dieserhalb und wegen fahrlässiger Tötung zu einer Gefängnisstrafe verurteilt.

#### Entscheidungsgründe

1. Das Berufungsgericht ist der Meinung, der Erstkläger könne ein Schmerzensgeld (§ 847 BGB) verlangen, weil er einen Schockschaden mit körperlichen Folgen erlitten habe. Er sei kurz nach dem Unfall an die Unfallstelle gekommen und habe dort von den schweren Verletzungen seiner Frau erfahren. Schon der Anblick der nächtlichen Unfallstelle möge für ihn eine besondere Wirkung gehabt haben. Zu Hause „müsse ihm dann beim Anblick seiner damals 1, 2 und 5 Jahre alten Kinder das ganze Ausmaß der über die Familie hereingebrochenen Katastrophe klargeworden“ sein. Nach seinen Aussagen und seinem persönlichen Eindruck (der während der Vernehmung einen Weinkrampf erlitten hatte) sehe der Senat es als erwiesen an, daß der Kläger „in glücklicher Ehe gelebt“ habe; darum müsse sich der Verlust seiner Frau auch physisch-psychisch ausgewirkt haben. Er sei nach der von ihm vorgelegten ärztlichen Bescheinigung eine Woche arbeitsunfähig krank gewesen und habe wenigstens einen Monat lang bei Benutzung eines Kraftfahrzeuges Übelkeitsanfälle gehabt; noch heute leide er unter Weinkrämpfen. Zwar gehe der Senat davon aus, daß sich diese Art der Erkrankung mit dem zeitlichen Abstand gebessert habe und weiter bessern werde. Indessen habe der Kläger einen Gesundheitsschaden davongetragen, der sich auch bei Ausübung seines Berufes als Kraftfahrer bemerkbar gemacht habe. Unter Abwägung aller Umstände sei darum ein Schmerzensgeld von 2.000 DM angemessen.

2. Auch hiergegen richtet sich die Revision mit Erfolg.

Zwar kann auch ein seelischer Schmerz, bei dem eine ungewöhnliche, traumatische Auswirkung der Nachricht vom tödlichen Unfall eines Angehörigen, sich in einer echten körperlichen oder geistig/seelischen Gesundheitsbeschädigung verwirklicht, einen selbständigen Schadensersatzanspruch begründen. Dies kann jedoch dann nicht angenommen werden, wenn die seelische Erschütterung, oft, aber selten richtig, „Schockschaden“ genannt, zwar medizinisch erfaßbare Auswirkungen hat, diese aber nicht über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen hinausgehen, denen nahe Angehörige bei Todesnachrichten erfahrungsgemäß ausgesetzt sind. Der Schutzzweck des § 823 Abs 1 BGB deckt nur

Gesundheitsbeschädigungen, die nach Art und Schwere diesen Rahmen überschreiten (BGHZ 56, 163).

Das Berufungsurteil ist nicht haltbar, wenn es seine Feststellungen dahin würdigt, daß hier schon eine derartige durch die Unfallnachricht ausgelöste echte Gesundheitsstörung bei dem Erstk Kläger vorgelegen habe. Eine 8-tägige Arbeitsunfähigkeit und Weinkrämpfe bei Erörterung der mit dem Unfall zusammenhängenden Fragen, die ganz allgemein geeignet sind, die Erinnerung an das seelisch erschütternde Ereignis wieder zu wecken, sind die natürliche Folge des Todes eines nahen Angehörigen. Wie der Senat bereits in dem angeführten Urteil ausgeführt hat, stört nach allgemeiner Erkenntnis und Erfahrung ein starkes negatives Erlebnis, das Empfindungen wie Schmerz, Trauer und Schrecken hervorruft, regelmäßig seelische Funktionen und auch physiologische Abläufe in oft sehr empfindlicher Weise. Darin liegt jedoch noch kein Gesundheitsschaden in dem angegebenen Sinne. Nur soweit dieser einen „schockartigen“ Eingriff in medizinischem Sinne darstellt - was hier von keinem ärztlichen Sachverständigen festgestellt ist - kann er die Grundlage für einen Schadensersatzanspruch bilden. Beeinträchtigungen im seelischen Wohlbefinden sind dagegen nicht ersatzfähig, selbst wenn der Betroffene diese zum Anlaß nimmt, sie mit Medikamenten zu mildern und auszugleichen.

3. Damit kann das angefochtene Urteil auch keinen Bestand haben, soweit es dem Kläger ein Schmerzensgeld zubilligt. Die Sache bedurfte insoweit keiner Zurückverweisung. Vielmehr war der Senat in der Lage, selbst zu entscheiden. Das Berufungsgericht hat nicht dargetan, inwiefern der Kläger hier einen Gesundheitsschaden in diesem streng zu nehmenden Sinne erlitten hat. Selbst wenn man seine Vernehmung vor dem Berufungsgericht zugrundelegt: „Er sei damals wochenlang nervlich fertig gewesen; ihm sei beim Autofahren schlecht geworden und er habe noch wochenlang Angst gehabt, ein Auto zu steuern; nachts habe er Weinkrämpfe gehabt; er habe seine Arbeitsstelle unmittelbar nach dem Unfall gekündigt und erst fast 4 Monate später wieder Arbeit als Reisender aufgenommen, wobei er wieder Auto fahren mußte, aber dann sei es nicht mehr so schlimm gewesen“; so reicht dies nicht aus, die Voraussetzungen eines Schockschadens im dargelegten Sinne zu bejahen, zumal der Kläger unstreitig keinen weiteren Arzt aufgesucht hat.

Ein Kuriosum enthält die in der juris-Datenbank nur mit Orientierungssatz wiedergegebene Entscheidung des AG Recklinghausen:

Gericht: AG Recklinghausen

Datum: 1989-02-28

Az: 15 C 754/88

Orientierungssatz

Dem Hundehalter, der miterleben muß, wie sein eigener angeleiteter Hund von einem anderen frei laufenden Hund gebissen und schwer verletzt wird, steht kein Schmerzensgeldanspruch aus dem Gesichtspunkt eines sogenannten Schockschadens zu, da es sich bei dem Hund um eine Sache handelt, deren Beschädigung grundsätzlich nicht zu einem Schmerzensgeldanspruch des Eigentümers führen kann.

Fundstelle

ZfSch 1989, 191 (ST)

In dieser Form verfehlt die Entscheidung den maßgeblichen Gesichtspunkt. Der liegt nicht darin, ob nicht die Verletzung eines Tieres in gleicher Weise Schockschäden auszulösen vermag wie die Verletzung eines Menschen, und auch nicht darin, dass es für die Verletzung von Sachen kein Schmerzensgeld geben könne. Haben wir es mit einem Schock von pathologischem Charakter zu tun, ist nicht eine Sachbeschädigung, sondern eine Gesundheitsbeeinträchtigung zu beklagen. Und die kann sehr wohl zu einem Schmerzensgeldanspruch führen (§ 847 BGB). Fraglich ist allein, ob ein über die Verletzung eines Tieres ausgelöster Schock im Schutzbereich der Pflichten liegt, die der Verletzer hätte einhalten sollen.

### *iii. Verfolgerverletzungen*

Im Hinblick auf die Schutzbereichsproblematik von einiger Delikatesse sind die sog. Verfolgerverletzungen, die jemand erleidet, weil er in Ausübung seiner beruflichen Pflichten einen Schwarzfahrer oder einen Dieb verfolgt und dabei ohne Einwirkung des Flüchtenden zu Schaden kommt. Die Rechtsprechung arbeitet auch hier mit der psychisch vermittelten Kausalität, will die Verfolgerschäden aber nur dann auf den Flüchtenden abwälzen, wenn der Verfolger sich zur Verfolgung herausgefordert fühlen durfte und der Einsatz des Verfolgers nicht außer Verhältnis zum angestrebten Verfolgungserfolg steht.

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 13.07.1971, Az: VI ZR 125/70

Leitsatz

Wer sich als Benutzer der Bahn ohne Fahrtausweis der berechtigten Feststellung seiner Personalien durch Flucht zu entziehen sucht, hat bei erkannter Verfolgung grundsätzlich für die Körperschäden des Verfolgenden einzustehen, soweit sie sich als Verwirklichung eines gesteigerten Verfolgungsrisikos darstellen.

Fundstelle

BGHZ 57, 25-33 (LT1)



NJW 1971, 1980 (LT1)

Tatbestand

Am 24. Juni 1967 traf der Kläger, der als Betriebsoberaufseher der Deutschen Bundesbahn in H. auf der Strecke Hauptbahnhof-A. Fahrkartenkontrollen durchführte, den damals 23jährigen Beklagten auf dem Bahnhof S. ohne Fahrtausweis an. Er versuchte, den Beklagten zur Zahlung des erhöhten Fahrgeldes von 20,- DM oder zur Vorlage seines Ausweises zu veranlassen, um die Personalien festzustellen. Der Beklagte ergriff jedoch schließlich die Flucht und lief an der Sperre vorbei die Treppe zum Bahnhofsausgang hinunter. Der Kläger verfolgte ihn und suchte ihn noch auf der Treppe zu ergreifen. Am Fuß der Treppe stürzte der Kläger. Er erlitt einen komplizierten Schenkelhalsbruch am linken Bein.

Der Kläger verlangt vom Beklagten Ersatz des ihm entstandenen Schadens, soweit er nicht von dritter Seite getragen wird.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage zu zwei Dritteln stattgegeben. Die zugelassene Revision des Beklagten ist ohne Erfolg geblieben.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht bejaht in Übereinstimmung mit dem Landgericht nach § 823 Abs 1 BGB die Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger zwei Drittel des Schadens zu ersetzen, den er infolge des Sturzes auf der Treppe des Bahnhofs erlitten hat. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben im Ergebnis keinen Erfolg.

1. Zu dem im einzelnen streitigen Unfallhergang hält das Berufungsgericht zwar einen auf den Sturz des Klägers gerichteten Zugriff seitens der Beklagten nicht für erwiesen. Das gilt insbesondere von dem Vorbringen des Klägers, der Beklagte habe ihn mittels eines Polizeigriffs gepackt, über sich hinweg auf die Treppenstufen oder die Fliesen am Fuß der Treppe geworfen und dort durch Schüttelbewegungen gegen die Stufen geschleudert. Das Berufungsgericht stellt aber jedenfalls fest, daß der Beklagte infolge seiner nicht mehr beherrschten Geschwindigkeit auf der Treppe gefallen und der Kläger sodann über ihn hinweggestürzt ist, wobei er sich den Schenkelhalsbruch zugezogen hat.

2. Damit hat der Beklagte die Körperverletzung des Klägers im Sinne des Bedingungs Zusammenhangs verursacht.

Das Berufungsgericht führt weiterhin aus, dieser Ursachenzusammenhang zwischen dem Verhalten des Beklagten und der Körperverletzung des Klägers sei auch adäquat.

Es mag dahinstehen, ob der Adäquanz nur im Bereich der haftungsausfüllenden Ursächlichkeit ein Platz zukommt, wie man zunehmend unter Hinweis auf die haftungsbeschränkende Funktion dieses Zurechnungsgrundes meint, die bei der

Haftungsbegründung bereits durch das Erfordernis schuldhaften Verhaltens erfüllt werde (Esser, SchR I 4. Aufl § 44 II 1 S 300; Lorenz, JZ 1964, 179, 180; Deutsch, JZ 1967, 641; vgl Huber, JZ 1969, 677, 680 und Stoll, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968 S 20; unterscheidend: Weitnauer, Festgabe für Karl Oftinger, 1969 S 321, 325/326), oder ob sie auch im Bereich der hier in Frage stehenden haftungsbegründenden Ursächlichkeit rechtliche Bedeutung gewinnt, wovon das Berufungsgericht ausgeht (E.-Lehmann, SchR 15. Aufl § 15 I S 63/64; Esser, SchR 2. Aufl § 59, 10 S 229; Medicus, Bürgerliches Recht 3. Aufl § 25 I 1a, b, 2; Brox, Besonderes Schuldrecht S 249 Nr 1b, Rn 438; Palandt/Thomas, 28. Aufl § 823, 5; vgl auch BGHZ 41, 123, 125; Adäquanz im Bereich der Haftungsbegründung; vgl ebenfalls BGH Urt v 24. März 1964 - VI ZR 33/63 = LM BGB § 823 (C) Nr 32 = NJW 1964, 1363; Urt v 3. Februar 1967 - VI ZR 115/65 = LM BGB § 823 (C) Nr 36 = VersR 1967, 580 = JZ 1967, 639 m Anm Deutsch). Denn wenn man die Adäquanz auch in diesem Bereich für erforderlich hält, bestehen - vorbehaltlich der Erwägungen zu 3 - gegen ihre Bejahung hier aus den insoweit zutreffenden Gründen des Berufungsgerichts keine ernsthaften Bedenken. Auch die Revision räumt einen adäquaten Zusammenhang zwischen der Flucht des Beklagten und seinem Sturz ein. Entgegen ihrer Meinung ist aber auch der fernere Verlauf, nämlich der Sturz des Klägers über den Beklagten und die hierbei erlittene Körperverletzung, nicht besonders eigenartig, unwahrscheinlich und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassen. Im Gegenteil lag ein solcher Sturz des Verfolgenden durchaus nahe.

3. Der durch das Verhalten des Beklagten verursachte Verletzungserfolg (Körperverletzung) ist auch im übrigen, ohne daß es auf die Erwägungen zu 2 ankommt, dem Beklagten im Rechtssinne objektiv zuzurechnen.

a) Hierfür ist entscheidend, daß der Beklagte, für ihn erkennbar, durch sein Weglaufen ohne Notwendigkeit in zurechenbarer Weise eine Lage erhöhter Verletzungsgefahr für den Kläger geschaffen hat, indem er die mit dem Gesetz in Einklang stehende Verfolgung durch den Kläger herausforderte, obgleich er die nicht unerhebliche Gefährdung voraussehen und vermeiden konnte (vgl von Caemmerer, DAR 1970, 283, 291 unter Hinweis auf Nökel, Rechtsstellung des Nothelfers, Anglo-Amerikanisches im Vergleich zum Deutschen Recht, Diss Freiburg 1968 S 96ff, 102ff; von Caemmerer, Festschrift DJT II 1960, 49, 74; Huber aaO S 679; vgl auch Stoll, Kausalzusammenhang aaO S 32). Der Kläger war zur Verfolgung des Beklagten jedenfalls berechtigt. Ihm stand nicht nur das Recht aus § 127 StPO zu, sondern auch die Ausübung des Selbsthilferechts (§ 229 BGB), das der Bahn zur Sicherung ihres Anspruchs gegen den Beklagten zukam. Demgegenüber standen dem Beklagten für seine Flucht keine schutzwürdigen Belange zur Seite. Durch sein Weglaufen suchte er sich nach einer strafbaren Handlung (§ 265a StGB) der Feststellung seiner Personalien zu entziehen, obgleich er zu deren Offenlegung und damit auch zum Verbleiben zu ihrer Feststellung bürgerlich-rechtlich schon auf Grund der zwischen ihm und der Bahn bestehenden schuldrechtlichen Sonderverbindung sogar verpflichtet war.

Daß der eigentliche Zurechnungsgrund die Schaffung des gekennzeichneten gesteigerten Gefahrenzustandes ist, auf Grund dessen der Verfolgende eine Verletzung der in der Rechtsordnung deliktisch geschützten Rechtsgüter oder Rechte erleidet, klingt bereits in den Ausführungen des Urteils des erkennenden Senats vom 24. März 1964 (VI ZR 33/63 = aaO) zur Begründung der objektiven Zurechnung an. In derartigen Gefahrenlagen, so ist dort ausgeführt, wird das Eingreifen (dort) opferbereiter Dritter nahezu zwangsläufig herausgefordert (vgl auch BGHZ 43, 178, 181). So ist diese Entscheidung auch verstanden worden (von Caemmerer, DAR aaO S 291 unter Hinweis auf Nökel aaO; vgl auch Stoll aaO).

b) Daß der Kläger durch sein Dazutreten, nämlich durch seinen Entschluß zur Verfolgung und dessen Ausführung, eine neue Gefahr gesetzt hat und damit ein Schadensrisiko eingegangen ist, schließt die Zurechnung der verursachten Rechtsgutverletzung nicht ohne weiteres aus.

Allerdings gibt es, wie allgemein anerkannt ist, Fälle, in denen der Ausschluß der Zurechnung geboten ist, obgleich an sich ein Ursachenzusammenhang besteht und auch der Schutzzweck der die Haftung begründenden Norm keinen Anhalt für eine Begrenzung hergibt (vgl Larenz, SchR I 10. Aufl § 27 III 3 S 322; ders Festschrift f Honig, 1970, S 79, 83o). In diesem Zusammenhang werden ua eben die Fälle erörtert, in denen die Schadensfolge auf einem selbständigen oder „freien“ Entschluß des Verletzten selbst (oder eines Dritten) beruht. Diese Gestaltung wird meist unter dem Gesichtspunkt und der Bezeichnung „Unterbrechung“ oder Abbruch des (adäquaten) Ursachenzusammenhangs behandelt (vgl dazu: Larenz, SchR I aaO; Weitnauer, aaO S 345; Esser, SchR I 4. Aufl § 44 III 2c S 305; Deutsch aaO; vgl auch Oftinger, Schweiz Haftungsrecht Bd I 2. Aufl S 91ff). Ohne Rücksicht darauf, ob man diesem Gesichtspunkt dem Bereich der Adäquität des Ursachenzusammenhangs oder einem daneben stehenden Zurechnungsbereich zuordnet (vgl Larenz, SchR I 10. Aufl § 27 III 3; Festschrift f Honig S 322; Esser aaO), ändert sich nichts an seiner Erheblichkeit. So ist anerkannt, daß sich diese Frage der Zurechnung, wenn sie auch meist nur im haftungsausfüllenden Bereich von Belang wird, auch im Rahmen der haftungsbegründenden Zurechnung stellen kann (Larenz, SchR I 10. Aufl § 27 III 3 N 1 S 324 unter Hinweis auf BGH Urt v 3. Februar 1967 - VI ZR 115/65 = aaO; vgl auch BGH Urt v 24. März 1964 - VI ZR 33/63 = aaO; Urt v 1. Februar 1966 - VI ZR 196/64 = VersR 1966, 368).

Auch im Streitfall liegt es so. Die Verfolgung und damit die Körperverletzung des Klägers beruht (auch) auf seinem eigenen selbständigen freien Willensentschluß. Bei solcher Lage erscheint eine Zurechnung der Schadensfolge allerdings dann nicht gerechtfertigt, wenn der Entschluß des Verletzten (Dritten), der eine neue Gefahr schafft, durch den haftungsbegründenden Vorgang nicht herausgefordert ist (vgl BGH Urt v 24. März 1964 - VI ZR 33/63 = aaO), wenn das Verhalten des die erste Ursache Setzenden lediglich den äußeren Anlaß und nur die Gelegenheit für den Verletzten (Dritten) darstellt, sich zusätzlich einem unfallfremden Risiko auszusetzen (vgl BGH Urt v 12. Februar 1963 - VI ZR 181/62 = LM BGB § 823 (C) Nr 28 = NJW 1963, 1671). Wird aber der selbständige Entschluß des Verletzten

(Dritten) durch den haftungsbegründenden Vorgang herausgefordert, so ist in der Regel die Verantwortlichkeit nicht schon wegen des Dazutretens des Verletzten (Dritten) ausgeschlossen (Larenz, SchR I aaO; Festschrift f Honig S 79, 87). Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Verfolgende sich des Risikos eigener Verletzung bewußt war oder nicht. So liegt der Fall hier.

c) Diese im Grundsatz anerkannte Unterscheidung und Einschränkung bezweckt haftungsrechtlich, im Bereich psychisch vermittelter Kausalität bei Dazutreten eines selbständigen Entschlusses des Verletzten oder eines Dritten nicht ohne weiteres für sämtliche im Sinne des Bedingungs Zusammenhangs ursächliche Verletzungsfolgen - vorbehaltlich des Verschuldens - schlechthin eintreten zu lassen. Bei dieser Fallgruppe ist die objektive Zurechnung der verursachten Verletzung somit nicht selbstverständlich. Vielmehr ist eine genauere Bestimmung der Voraussetzungen für die wertende Einschränkung geboten. Das kommt bereits darin zum Ausdruck, daß ein herausgefordertes Dazutreten (Eingreifen) zur Bejahung der Zurechnung vorausgesetzt wird. Diesem Erfordernis ist nicht bereits genügt, wenn sich der Verletzte (Dritte) tatsächlich zum Eingreifen hat bewegen lassen. Außer dieser psychischen Verursachung ist notwendig, daß sich der Eingreifende zum Handeln herausgefordert fühlen durfte, und zwar überhaupt und gegebenenfalls in der gewählten Art und Weise. Wann ein Eingreifen in diesem Sinne als herausgefordert zu werten ist, hängt von den Umständen ab. So hat der erkennende Senat im Urteil vom 24. März 1964 (VI ZR 33/63 = aaO) - dort bei Erörterung der Adäquanz - ausgeführt, daß bei Gefahr für Leib und Leben das Eingreifen opferbereiter Dritter, und zwar nicht nur in den Fällen rechtlicher und sittlicher Pflicht zur Rettung, nahezu zwangsläufig herausgefordert werde. Für den Fall der Verfolgung eines nach Verkehrsunfall Flüchtigen hat er dort weiter ausgeführt, es hänge von dem Verhältnis des von dem Flüchtenden angerichteten und noch drohenden Schadens zu den Wagnissen der Verfolgung ab, ob gesagt werden könne, jener habe mit dem Unfall und der Flucht objektiv auch das Risiko weiterer Unfälle bei seiner Verfolgung gesetzt.

Das hat der erkennende Senat dort bejaht; es lag ebenso bei der im Urteil vom 3. Februar 1967 (VI ZR 115/65 = aaO) beurteilten Sachlage vor (hierzu zustimmend: von Caemmerer, DAR 1970, 283, 291 unter Hinweis auf Nökel aaO S 99).

Auch bei dieser Sicht ist im übrigen nicht ausgeschlossen, daß der Ersatzanspruch des Eingreifenden durch ein mitwirkendes Verschulden auf seiner Seite gemindert wird, was das Berufungsgericht hier auch bejaht hat (vgl dazu Deutsch aaO S 643 aE).

Der Senat brauchte nicht darüber zu befinden, ob die damit geforderte Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und erkennbarem Risiko des Eingreifens für die verschiedenen Fallgruppen - etwa für die Fälle der Rettung und die der Verfolgung - einheitlich zu beurteilen ist oder nicht (vgl dazu Deutsch aaO S 643).

Bereits im Urteil vom 24. März 1964 (VI ZR 33/63 = aaO) klingt an, daß ein Eingreifen Dritter bei einer Gefahr für Leib und Leben als „nahezu zwangsläufig herausgefordert“ anzusehen ist und damit Schäden des Retters weithin ohne Einschränkung zu ersetzen sind, während die Antwort bei weniger bedrohlichen Situationen von der Wertung der besonderen Umstände abhängt (vgl zu dieser Fallgruppe auch: Larenz, SchR I 10. Aufl § 27 III 3 S 323). Denn diese Verhältnismäßigkeit unterliegt hier nach der zutreffenden Wertung des Berufungsgerichts keinen durchgreifenden Bedenken. Das allerdings hier gesteigerte Risiko der Verfolgung zu Fuß über die, wie der Beklagte vorgetragen hat, steile und langgezogene Treppe stand nicht außer Verhältnis zu dem Anliegen des Klägers, für die Bahn zur Sicherstellung ihres bürgerlich-rechtlichen Anspruchs die Personalien des Beklagten festzustellen. Außerdem diene es einer wirksamen Durchführung der Fahrkartenkontrolle und damit zugleich der Abschreckung vor Schwarzfahrten (vgl zur Prävention: Deutsch, JZ 1971, 244). Welche schließliche Auswirkung das Risiko hat, ist nicht entscheidend, denn es kommt auf die bei Übernahme des Risikos erkennbare Gefahrenlage an.

d) Soweit eine Haftung des Verfolgten für die Verletzungs- und Schadensfolgen hiernach gerechtfertigt ist, beschränkt sie sich auf die gesteigerten Risiken der Verfolgung. Dagegen hat er, wie schon das Erfordernis des inneren Zusammenhangs mit dem Grund der Haftung naheliegt, das normale Risiko des Eingreifenden jedenfalls bei der Gruppe der Verfolgungsfälle nicht zu tragen (Deutsch aaO S 642; vgl auch Lüer, Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen, 1969, S 150 u). Legt man die Feststellungen des Tatrichters zugrunde, so hat sich ein durch die Verfolgung deutlich erhöhtes Risiko verwirklicht. Der Kläger mußte zur Verfolgung die steile und langgezogene Treppe mit einer hohen Geschwindigkeit hinablaufen, um den Beklagten einholen und seiner habhaft werden zu können.

4. Das Berufungsgericht hat schließlich im einzelnen zutreffend ausgeführt, daß der Beklagte die Körperverletzung des Klägers fahrlässig verursacht hat.

Zunächst mußte der Beklagte bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt damit rechnen, daß der Kläger ihn weiterhin verfolgen werde. Es mußte für ihn naheliegen, daß ein Kontrollbeamter entsprechend dem Sinn und Zweck der Überwachung und seiner Aufgabe eine Person, die Fahrgeld hinterzogen und hierdurch eine strafbare Handlung nach § 265a StGB begangen hat, verfolgt. Der Tatrichter stellt sogar fest, daß der Beklagte die Aufnahme und Fortsetzung der Verfolgung durch den Kläger erkannt hat. Der Kläger hatte den Beklagten bereits an der Sperre vor der Treppe erreicht, wo dieser sich dem Zugriff entziehen konnte. Der Beklagte wußte den Kläger aber auch auf der Treppe unmittelbar hinter sich mit dem Vorhaben, ihn zu ergreifen. Unter diesen Umständen unterliegt auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts keinen rechtlichen Bedenken, der Beklagte habe ebenfalls voraussehen können, daß der Kläger bei der schnellen Verfolgung über die Treppe körperliche Schäden davontragen könne. Die Verfolgung führte zu einer erhöhten für den Beklagten erkennbaren Gefahr für den

Kläger, als der Beklagte in Kenntnis der Verfolgung die Flucht fortsetzte und die Treppe hinabstürzte, um sich der Festnahme zu entziehen.

Auf den Einwand der Revision, der Beklagte habe vernünftigerweise nicht damit zu rechnen brauchen, daß er selbst stürzen und der Kläger dann über ihn fallen und in solchem Hergang verletzt werde, kommt es nicht an. Die Vorhersehbarkeit braucht sich nur darauf zu erstrecken, daß der Kläger bei dem Hergang irgendwie körperlich zu Schaden kommen könne, aber nicht darauf, daß er gerade in dem schließlich verwirklichten Ablauf verletzt werde (von Caemmerer, Festschrift DJT 1960 II S 75 Nr 114 mwN; Stoll, AcP 162, 203, 234).

Im nächsten Fall ist das Opfer ein Polizist:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 29.10.1974, Az: VI ZR 168/73

Fundstelle

BGHZ 63, 189-196 (LT1)

NJW 1975, 168-169 (LT1)

JZ 1975, 374-377 (LT1)

Tatbestand

Am 16. September 1971 wollte der im Dienst des klagenden Landes stehende, damals 55jährige Polizeiobermeister T. seinen Auftrag, den damals 17jährigen Beklagten festzunehmen, durchführen. Dieser sollte einen Jugendarrest verbüßen, weil er ohne Fahrerlaubnis mit einem Moped gefahren war. T. erschien zwischen 6.00 Uhr und 7.00 Uhr morgens in der im Erdgeschoß gelegenen Wohnung der Eltern des Beklagten. Nachdem dieser sich fertiggemacht hatte, suchte er mit Erlaubnis des Beamten die Toilette auf. Dort schob er eine Waschmaschine vor die Türe und sprang aus dem Fenster in den Hof. Hierbei mußte er eine 2 m tiefe und 1,50 m breite Ausschachtung überwinden, die sich unterhalb des Fensters befand und zum Hofraum hin mit einem Zaun gesichert war. Als der Polizeibeamte, der die Örtlichkeit nicht kannte, bemerkte, daß der Beklagte entweichen wollte, drückte er die Toilettentüre auf und sprang dem Beklagten nach. Dabei zog er sich einen Fersenbeinbruch zu. Der Beklagte, der sich im Hof hinter Sträuchern versteckt hatte, wurde wenig später von dem zweiten Beamten, der im Fahrzeug geblieben war, und der Besatzung eines Streifenwagens festgenommen.

Polizeiobermeister T. war bis zum 31. Januar 1972 dienstunfähig. Das klagende Land wandte für ihn Arzt- und Behandlungskosten auf.

Mit der Klage fordert das klagende Land kraft Rechtsübergangs Ersatz in Höhe dieser Aufwendungen und Erstattung der dem Beamten während seiner Dienstunfähigkeit gezahlten Bezüge.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Die zugelassene Revision des klagenden Landes führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Entscheidungsgründe

Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht dem klagenden Land ein nach § 99 BG NRW übergegangener Schadensersatzanspruch des Polizeiobermeisters T. gegen den Beklagten aus unerlaubter Handlung (§ 823 BGB) nicht zu. Zwischen dessen Flucht und dem Fersenbeinbruch des Beamten besteht nach Meinung des Berufungsgerichts kein die Haftung begründender Ursachenzusammenhang, weil der Entschluß des T., den Beklagten zu verfolgen, zum Abbruch des Kausalverlaufs geführt habe (das Berufungsurteil ist in NJW 1973, 1929 veröffentlicht).

I. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

1. Daß der Beklagte die Körperverletzung des T. im Sinne des Bedingungs-zusammenhangs verursacht hat, zieht auch das Berufungsgericht nicht in Zweifel. Seine Bedenken gegenüber der Adäquanz - die es dahinstehen läßt, weil es dem Beklagten aus anderen Gründen die Verletzung des T. nicht zurechnet - greifen nicht durch. Sofern man ihr im Bereich der haftungsbegründenden Ursächlichkeit einen Platz zuweist (vgl. Nachweise in BGHZ 57, 25, 27; vgl. aber auch BGHZ 58, 162, 163), bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen ihre Bejahung. Die Flucht des Beklagten und der dadurch ausgelöste Entschluß des T., ihn wie geschehen zu verfolgen, sowie der weitere Ablauf, nämlich der Sturz des T. und die hierbei erlittene Verletzung, sind nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht so besonders eigenartig und unwahrscheinlich, daß sie nach dem bisherigen und üblichen Verständnis der Adäquanz als einer besonderen Form des Ursachenzusammenhangs schon deshalb außer Betracht zu lassen wären.

2. Darüber hinaus prüft das Berufungsgericht zutreffend in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats (vgl. insbesondere BGHZ 57, 25 und Urteil vom 13. Juli 1971 - VI ZR 165/69 = LM BGB § 823 (C) Nr 39 = NJW 1971, 1982), ob der durch das Verhalten des Beklagten verursachte Verletzungserfolg (Körperverletzung) auch im übrigen - also auch bei Bejahung der Ursächlichkeit - dem Beklagten objektiv zuzurechnen ist. Diese Frage ist auf Grund einer wertenden Betrachtung zu beantworten.

Entscheidend ist, wie der erkennende Senat in den erwähnten beiden früheren Urteilen ausgeführt hat, daß der Beklagte, für ihn zumindest erkennbar, wenn hier nicht sogar erkannt, durch sein Weglaufen ohne Notwendigkeit in zurechenbarer Weise eine Lage erhöhter Verletzungsgefahr für T. geschaffen hat, indem er dessen mit dem Gesetz in Einklang stehende Verfolgung herausforderte, obgleich er dessen Gefährdung voraussehen und vermeiden konnte (vgl. von Caemmerer DAR 1970, 283, 291).

Daß T. durch seinen Entschluß zur Verfolgung und dessen Ausführung selbst ein Schadensrisiko eingegangen ist, steht einer Zurechnung der verursachten Rechtsgutverletzung nicht ohne weiteres entgegen, wie der Senat ebenfalls bereits früher ausgeführt hat (vgl insbesondere BGHZ 57, 25, 29 mw Nachw). Allerdings sind bei solcher Gestaltung Fälle anerkannt, in denen trotz bestehenden Ursachenzusammenhangs der Ausschluß der Zurechnung geboten ist (vgl Larenz, Schuldrecht I, 10. Aufl § 27 III 3; ders Festschrift für Honig 1970 S 70, 83o). Insbesondere ist sie dann nicht gerechtfertigt, wenn der Entschluß des Verletzten nicht „herausgefordert“ ist (vgl BGH Urteil vom 24. März 1964 - VI ZR 33/63 - = NJW 1964, 1363 = LM BGB § 823 Nr 32), wenn vielmehr das Verhalten des die erste Ursache Setzenden lediglich den äußeren Anlaß und nur die Gelegenheit für den Verletzten darstellt, sich zusätzlich einem unfallfremden Risiko auszusetzen (vgl BGH Urteil vom 12. Februar 1963 VI ZR 181/62 = LM BGB § 823 (C) Nr 28 = NJW 1963, 1671; BGHZ 58, 162). Wird aber der Entschluß des Verletzten wie hier durch das Verhalten herausgefordert, so ist in der Regel die Verantwortlichkeit nicht schon wegen des Dazutretens des Verletzten ausgeschlossen (vgl Larenz, Schuldrecht I aaO; ders Festschrift für Honig S 79, 87).

Der Senat hat es damit bei dieser Fallgruppe für geboten erachtet, den Verfolgten nicht ohne weiteres für sämtliche verursachten Rechts- und Rechtsgutverletzungen - vorbehaltlich des Verschuldens - schlechthin einstehen zu lassen (vgl dazu unter dem Gesichtspunkt der psychisch vermittelten Ursächlichkeit auch Deutsch JZ 1972, 551).

Die so gebotene wertende Einschränkung kommt, wie das Berufungsgericht nicht verkennt, bereits und insbesondere darin zum Ausdruck, daß ein herausgefordertes Dazwischentreten (Eingreifen) für die Zurechnung vorausgesetzt wird. Das hat der Senat in BGHZ 57, 25 dahin erläutert, daß dem nicht schon genügt ist, wenn sich der Verletzte „tatsächlich“ zum Eingreifen hat bewegen lassen, wenn sein Verhalten also bloß veranlaßt (psychisch verursacht) worden ist, sondern nur wenn er sich zum Eingreifen herausgefordert fühlen „durfte“. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch von Belang, ob ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Zweck der Verfolgung und deren erkennbarem Risiko gewahrt ist. Damit findet eine wertende Betrachtung zu einer im Einzelfall gebotenen Einschränkung Eingang in die rechtliche Beurteilung.

3. Diese Grundsätze legt auch das Berufungsgericht seiner Beurteilung zugrunde. Es meint aber, ihre Anwendung führe hier bereits im Grunde zur Verneinung einer Haftung des Beklagten, weil es an der Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und erkennbarem Risiko der Verfolgung fehle.

Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

a) Allerdings ist, wie bereits erwähnt, in BGHZ 57, 25 ausgesprochen, worauf das Berufungsurteil zutreffend hinweist, zu dem vorausgesetzten herausgeforderten Dazutreten (Eingreifen) genüge nicht bereits, daß sich der Verletzte tatsächlich



zum Eingreifen hat bewegen lassen. Vielmehr ist außer dieser psychischen Verursachung notwendig, daß sich der Eingreifende zum Handeln herausgefordert fühlen durfte und zwar überhaupt und gegebenenfalls in der von ihm gewählten Art und Weise. Damit sollten - insoweit ist dem Berufungsgericht zu folgen - auch Fälle angesprochen werden, die bereits wegen des zu hohen, übersteigerten Risikos die Zurechnung des Handelns des Verfolgenden im Hinblick auf die zivilrechtliche Verteilung des Schadensrisikos zwischen ihm und dem Verfolgten als nicht mehr tragbar erscheinen läßt. Das besagt aber nicht, daß jedes nicht ungefährliche Verhalten schon wegen seiner Gefahren eine Zurechnung bereits im Grunde ausschließt. Sinn dieser Einschränkung, die zu einer Verneinung der Haftung bereits im Grundsatz führt, ohne daß Raum für eine Abwägung nach § 254 BGB verbleibt, ist, das mit einer Flucht verknüpfte Haftungsrisiko nicht ins Unermeßliche wachsen zu lassen. Nur dann, wenn eine Verfolgung überhaupt und deren konkrete Durchführung derart ist, daß der Verfolgte mit ihr nicht rechnet und nicht zu rechnen braucht, scheidet eine Haftung bereits im Grundsatz aus. Daß nicht schon jede gefährliche Verfolgung eine Haftung des Verfolgten ausscheiden läßt, zeigen auch deutlich die Beurteilungen der früheren Sachverhalte (Urteil vom 24. März 1964 - VI ZR 33/63 = aaO und vom 3. Februar 1967 - VI ZR 115/65 = LM BGB § 823 (C) Nr 36 = JZ 1967, 639). So hat der Senat denn auch in BGHZ 57, 25, 31 ausdrücklich darauf hingewiesen, daß der dort im Grundsatz bejahte Ersatzanspruch des Verfolgenden durch ein mitwirkendes Verschulden auf seiner Seite gemindert sein kann, was im übrigen damals vom Berufungsgericht auch angenommen worden war.

Eine so verstandene Grenzziehung ist auch, abgesehen von anderen Erwägungen, aus folgenden Gründen geboten. Eine Sicht, die in solchen Fällen nur die Möglichkeiten kennt, den Ersatzanspruch entweder zu verneinen oder zu bejahen, würde weithin ohne Notwendigkeit eine differenzierende Abwägung erschweren oder gar verhindern und stünde damit einer gerechten Beurteilung im einzelnen Fall im Wege. Eine dem Einzelfall gerecht werdende Wertung ist aber bereits in der Bestimmung des § 254 BGB vorgesehen mit ihrer Reichweite von voller Haftung bis zu ihrer Verneinung. Eine Sicht, die in zu weit gehender und nicht gebotener Weise die Haftung bereits im Grundsatz ausschließt, begibt sich dieser Möglichkeit. Es entspricht auch sonst der Rechtsentwicklung, das sog „Alles-oder-nichts“ Prinzip zurückzudrängen.

b) Würdigt man unter diesen Gesichtspunkten den zu beurteilenden Sachverhalt, dann rechtfertigen die festgestellten Tatumstände es nicht, bereits die objektive Zurechnung und damit schon im Grundsatz eine Haftung zu verneinen. Allerdings mag es sein, worauf der Tatrichter hinweist, daß die Personalien des Beklagten, der bei seinen Eltern wohnte, bekannt waren, und daß bei geglückter Flucht die Strafvollstreckung wahrscheinlich nicht vereitelt, sondern nur hinausgeschoben worden wäre. Auch war die Verfehlung des Beklagten, die zur Verhängung des Jugendarrestes führte, verhältnismäßig gering. Immerhin kann das (öffentliche) Interesse an dem Eingreifen des T. nicht außer Betracht bleiben (vgl

rechtsvergleichend Lüer, Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen, 1969 S 148/149), womit die in anderen Verfolgungsfällen erheblichen Abwägungsgesichtspunkte zumindest in ihrem Gewicht beeinflußt werden. T. war zur Verfolgung des Beklagten jedenfalls berechtigt, dienstrechtlich sogar trotz der damit verbundenen Selbstgefährdung verpflichtet. Es handelt sich um den Ersatz von Schäden, die der Beamte durch seinen vom verfolgten Beklagten unmittelbar herausgeforderten Einsatz erlitten hat (vgl dazu auch Martens NJW 1972, 740, 746 Fn 37 und Hübner JuS 1974, 496, 499). Schutzwürdige Interessen des Beklagten an seiner Flucht, die demgegenüber in Frage kommen, fehlen. Durch sein Weglaufen suchte er sich der Überführung in die Jugendarrestanstalt und damit dem Vollzug der gegen ihn ausgesprochenen Strafe zu entziehen. Darin allein liegt in diesem Zusammenhang kein Umstand, der besonderer Berücksichtigung zugänglich ist (vgl BGHZ 57, 25, 28; Urteil vom 13. Juli 1971 VI ZR 165/69 = aaO zu 2a).

Unter diesen Umständen steht das Risiko der Verfolgung durch T. an sich nicht außer Verhältnis zu seinem Zweck. T. versuchte dem Beklagten durch das Fenster der im Erdgeschoß liegenden Toilette ins Freie zu folgen, nachdem der Beklagte diesen Weg mit Erfolg genommen hatte. Diesem hier gesteigerten Risiko der Verfolgung durch einen Sprung aus dem ebenerdigen Fenster fehlt nicht die Verhältnismäßigkeit zu dem Anliegen des T. . Bei diesen Gegebenheiten mußte der Beklagte damit rechnen, daß ihm T. durch das Fenster folgen würde, weil dieser sich herausgefordert fühlen durfte.

II. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist daher eine Haftung des Beklagten nicht schon im Grundsatz ausgeschlossen. Sonach konnte das Berufungsurteil aus den ihm gegebenen Gründen keinen Bestand haben.

1. Dem erkennenden Senat ist verwehrt, selbst zu entscheiden. Daher war die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

2. Das Berufungsgericht führt zum Schluß der Entscheidungsgründe aus, da die Körperverletzung des T. dem Beklagten schon wegen der fehlenden Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und erkennbarem Risiko der Verfolgung nicht zuzurechnen sei, bedürfe es keiner Entscheidung, ob hier ein gesteigertes Verfolgungsrisiko vorgelegen habe. Damit wird offenbar das angesprochen, was in BGHZ 57, 25, 32 (und im Urteil vom 13. Juli 1971 - VI ZR 165/69 = aaO zu 2d am Ende) ausgeführt ist.

Dort ist dargelegt, daß, sofern nach der gebotenen Abwägung im Einzelfall für die beim Verfolgenden eingetretenen Verletzungen grundsätzlich eine Haftung zu bejahen ist, diese nur die besonderen (gesteigerten) Risiken der Verfolgung und nicht das normale Risiko des Eingreifenden umfaßt, wie das schon das Erfordernis des inneren Zusammenhangs mit dem Grund der Haftung (der geschaffenen erhöhten Gefahrenlage) nahelege. So greift auch bei an sich bejahter Zurechnung die Haftung des Verfolgten nicht ein, wenn beispielsweise ein geschütztes

Rechtsgut durch das Platzen eines Reifens des Streifenwagens verletzt wird, ohne daß dieses Ereignis auf eine für die Reifen gefährliche Verfolgung (Geschwindigkeit oder Fahrweise) zurückzuführen ist (vgl dazu Fallgestaltungen bei Deutsch JZ 1967, 642 zu 2d; vgl auch Lürer aaO S 150u).

Legt man die bisherigen tatrichterlichen Feststellungen zugrunde, so spricht Überwiegendes für die Annahme, daß sich hier ein durch die Verfolgung deutlich erhöhtes Risiko verwirklicht hat und es sich nicht um ein mit der zugerechneten Gefahrerhöhung ohne inneren Zusammenhang stehendes Ereignis handelt.

Auf einer den Verfolgerfällen vergleichbaren Linie liegen die Nothelfer- und Rettungsfälle, die dadurch gekennzeichnet sind, dass jemand Gefahren abzuwenden versucht, die ein anderer pflichtwidrig ausgelöst hat und dabei selbst zu Schaden kommt (Einfangen eines herrenlosen Ski, Einsatz zur Verhinderung eines Bankraubs).

### *c. Hypothetische Kausalität*

Grundlage der folgenden Ausführungen ist die sog. Differenzhypothese des § 249 BGB. Nach ihr bestimmt sich die Höhe des Schadens durch einen Gütervergleich zwischen der tatsächlich vorliegenden Güterlage des Geschädigten und der hypothetischen Güterlage, die ohne das Schadensereignis bestehen würde. § 249 BGB stellt also gewissermaßen die Nahtstelle zwischen Haftungsbegründungsrecht (vertragliche oder außervertragliche Haftungstatbestände) und dem Schadens(ausfüllungs)recht der §§ 249 ff. dar.

Nach der allgemeinen Fassung der Differenzhypothese in § 249 BGB sind hypothetische Kausalverläufe sämtlich zu berücksichtigen. Es wird ja das wirkliche Vermögen (nach dem Schadensereignis) mit dem hypothetischen Vermögen des Geschädigten, das ohne das Schadensereignis bestehen würde, verglichen. Bei der Bildung dieser Hypothese aber sind eben alle Umstände zu berücksichtigen, die das Vermögen des Geschädigten beeinflusst hätten.

Dass hypothetische Kausalverläufe in die Schadenszurechnung einfließen, bezweifelt niemand, und es ergibt sich auch bereits aus dem Gesetzeswortlaut (§ 249 Abs. 1, 252 Satz 2). Strittig ist jedoch, in welchen Fällen Reserveursachen unbeachtlich sind und die Zurechnung damit erweitert wird.

Das Gesetz gibt unterschiedliche Antworten, die jeweils nicht verallgemeinerungsfähig sind. §§ 287 Satz 2, 2. Halbs., 848 BGB sowie einige seerechtliche Vorschriften erklären Reserveursachen für beachtlich, während sie in § 844 HGB unbeachtlich bleiben.

Betrachten wir, bevor wir uns den hier zu vertretenden Meinungen zuwenden, zur Veranschaulichung einige Beispiele:

Beispiel 1:

A's Wagen wird durch Unachtsamkeit des B leicht beschädigt (Schaden etwa €500). Kurz darauf erleidet A ohne Beteiligung Dritter mit seinem Wagen einen Totalschaden. Kann A von B Zahlung von €500 verlangen?

Beispiel 2: (RGZ 68, 352)

Durch einen von S verschuldeten Unfall wird G verletzt und arbeitsunfähig. Nachdem S zwei Jahre lang Rente an G gezahlt hat (§ 843 Abs. 1), erkrankt dieser an multipler Sklerose, wodurch er an den Rollstuhl gefesselt bleibt. Muss S die Rente weiterhin zahlen? (weiteres Beispiel: AG München, VersR 1978, 1078).

Beispiel 3: (nach RG LZ 1917, 861)

P verletzt M schuldhaft am rechten Auge, so dass M auf diesem Auge erblindet. Die Blindheit wäre jedoch auf Grund einer Erbkrankheit in absehbarer Zeit ebenfalls eingetreten.

Beispiel 4: (BGHZ 10, 6)

Auf Grund einer politischen Denunziation des Z verlor X 1944 seine Stellung. Der nach dem Krieg aus § 826 und § 252 BGB auf Ersatz der ausgefallenen Gehaltszahlungen in Anspruch genommene Z wendet ein, X hätte als NSDAP-Mitglied im Zuge der Entnazifizierungsbestimmungen seine Stellung sowieso spätestens 1945 verloren.

Beispiel 5:

a) Das Haus des E wird durch Verschulden des F bei einer Gasexplosion zerstört. F wendet ein, das Haus hätte wegen Einsturzgefahr ohnehin abgerissen werden müssen.

b) Wie, wenn bei einem Bombenangriff zwei Tage nach der Explosion das gesamte Stadtviertel, in dem das Haus stand, dem Erdboden gleich gemacht wird? (BGHZ 29, 207, 215).

In allen Beispielen stellt sich die Frage, ob die Reserveursache, die später den real erwirkten Schaden herbeigeführt hätte, beachtlich ist.

Dabei ist zweierlei noch vorzuschicken: Angesichts der Vergänglichkeit alles Irdischen, muss es irgendwann einen Zeitpunkt geben, in dem der Schadensersatzanspruch definitiv feststeht. Sonst würde der Geschädigte nie Gewissheit über die Höhe seines Anspruchs erhalten. Maßgeblicher Zeitpunkt

hierfür ist in der Regel die Erfüllung, ein Vergleich oder ein rechtskräftiges Urteil. Danach auftretende Reserveursachen können nicht mehr geltend gemacht werden.

Hat im Beispiel 2 S dem G nach § 843 Abs. 3 eine einmalige Abfindung gezahlt, so ist eine Rückforderung ausgeschlossen, weil mit ihrer Zahlung endgültige Klarheit über den Schadensersatzanspruch geschaffen werden soll (es scheint also günstiger, eine Rentenzahlung zu wählen und auf den Eintritt einer Reserveursache zu hoffen).

Das Zweite ist, dass die Beweislast für die Geltendmachung von Reserveursachen stets den Schädiger trifft. Nur wenn sicher ist, dass die Reserveursache den Schaden herbeigeführt hätte, kann über ihre Beachtlichkeit verhandelt werden. Ist sie dagegen nur möglich oder ungewiss, so ist sie stets unbeachtlich.

Die h.M. in der Literatur (Larenz, Schuldrecht I, § 30 I, Soergel/Mertens, vor § 249 Randnr. 154; weitere Nachweise bei Lange, Schadensersatz, § 4 VII S. 183.) sowie die Rechtsprechung (BGHZ 29, 207, 315) differenzieren zwischen dem sog. unmittelbaren Objektschaden und Vermögensfolgeschäden. Bei ersteren sollen hypothetische Ereignisse unbeachtlich, bei Letzteren beachtlich sein.

Begründet wird diese Differenzierung mit folgenden Argumenten:

- Bei einem unmittelbaren Sachschaden entstehe sogleich ein Schadensersatzanspruch. Dieser trete sozusagen an die Stelle des untergegangenen Eigentumsrechts in das Vermögen des Geschädigten. Das Gesetz sehe ein Erlöschen dieses Anspruchs durch nachträgliche hypothetische Ereignisse nicht vor (Rechtsfortsetzungsgedanke).
- Würde man nachträgliche hypothetische Ereignisse für beachtlich erklären, so trüge der Geschädigte das (hypothetische) Sachrisiko und das Forderungsrisiko (Risiko der Insolvenz des Schädigers) - Niederländer, AcP 153, 41, 54.
- Bei Vermögensfolgeschäden, insbesondere Ansprüche aus entgangenem Gewinn (§ 252) und dauernder Erwerbsminderung (§ 843) hingegen entwickelten sich die Ansprüche erst im Laufe der Zeit, entstünden also nicht im Augenblick des Schadenseintritts. Deshalb sei für sie beim jeweiligen Entstehen das Vorhandensein von Reserveursachen beachtlich, zumal das Gesetz dies ausdrücklich vorschreibe (§§ 249, 252, 844).

Aus dem letztgenannten Argument folgt die (einhellig vertretene) Beachtlichkeit von Reserveursachen für die sog. Rentenfälle (Beispiel 2). Hierzu führte BGHZ 10, 6, 11 zutreffend aus:

Würde das Schadensersatzrecht die Beachtung dieser Tatsache verwehren, so hätte der Schadensersatzgläubiger nur deshalb eine krisenfeste Position erlangt, weil ihm einmal Unrecht geschehen ist. Gegenüber anderen Personen in ähnlicher Lage wäre er damit ohne Grund bevorzugt, während der Schädiger für einen Schaden aufkommen müsste, der unter Außerachtlassung der tatsächlichen Gegebenheiten der allgemeinen Entwicklung ermittelt wäre. Das kann nicht rechtens sein.

Die Rente ist also nur bis zu dem Zeitpunkt zu zahlen, in dem das hypothetische Ereignis die Erwerbsunfähigkeit ebenso herbeigeführt hätte.

Nach dieser Ansicht sind also in den Beispielen 1 und 5 b) die Reserveursachen unbeachtlich, mithin die Schädiger zur Zahlung verpflichtet. Während in den Beispielen 2 und 4 die Rente nur bis zur Erkrankung des G bzw. das entgangene Gehalt des X nur bis 1945 zu ersetzen sind.

Zu dieser Differenzierung wird jedoch noch eine Ausnahme gemacht bei den sog. Anlagefällen, in denen die Reserveursache im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses gleichsam als Anlage bereits vorhanden war. Dabei ist es gleichgültig, ob die Anlage intern im Schadensobjekt (Beispiele 3 und 5 a) oder extern (der beschädigte Öltank hätte auf Grund zuvor in Kraft getretener Sicherheitsbestimmungen ohnehin ausgewechselt werden müssen) bedingt ist. Auch in diesen Fällen ist nur der sog. „Verfrühungsschaden“ zu ersetzen, d.h. der Schaden, der dadurch entstanden ist, dass der ohnehin angelegte Schaden durch das Schadensereignis schon früher eingetreten ist. Als Begründung wird - wenigstens für Sachen - angegeben, dass der Wert durch die Schadensanlage zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses bereits vermindert bzw. Null war.

Fassen wir die h.M. zusammen, so ergibt sich:

War die Reserveursache bereits vor dem Schadenseintritt gesetzt, so ist sie beachtlich (Anlagefälle). Tritt sie erst nach dem Schadensereignis auf, so ist sie bei unmittelbaren Objektschäden unbeachtlich, bei mittelbaren Vermögensfolgeschäden (Renten, entgangener Gewinn) beachtlich.

Ähnlich stellt sich dies in der Leitentscheidung des BGH zur hypothetischen Kausalität in BGHZ 29, 207, 215 (Beispiel 5 b) dar.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat die Berücksichtigung solcher Umstände, die nach dem Eintritt eines Schadens denselben Erfolg herbeigeführt hätten, nur bei der Schadensberechnung und auch dort nur in beschränktem Umfang zugelassen. Bei Ersatzansprüchen für die Zerstörung einer Sache sind derartige Umstände regelmäßig unerheblich, weil mit dem Eingriff sogleich der

Anspruch auf Schadensersatz entstanden war und das Gesetz den späteren Ereignissen keine schuldtilgende Kraft beigelegt hat. Bei der Ermittlung des durch Zerstörung einer Sache eingetretenen Schadens sind allerdings Umstände von Bedeutung, die bereits bei dem Eingriff vorlagen und notwendig binnen kurzem denselben Schaden verursacht hätten, weil derartige Umstände den Wert der Sache bereits im Augenblick des Eingriffs gemindert haben. Davon abgesehen sind spätere Ereignisse und ihre hypothetische Einwirkung auf den Ablauf der Dinge nur bei der Berechnung entgangenen Gewinns, bei der Ermittlung des Schadens aus fortwirkenden Erwerbsminderungen oder aus dem Ausfall ähnlicher langdauernder Vorteile von Bedeutung; insoweit schreibt teilweise das Gesetz ausdrücklich die Berücksichtigung der mutmaßlichen späteren Entwicklung vor (vgl. §§ 249, 252, 844 BGB). Gerade deshalb gewährt § 287 ZPO dem Richter für die Ermittlung eines Schadens einen Ermessensspielraum. Der Senat sieht keinen Anlass, von dieser Rechtsprechung abzugehen (vgl. BGHZ 8, 288; 10, 6; 20, 275). Entsprechend dieser Rechtsprechung hat das Berufungsgericht hier die späteren Kriegsereignisse bei der Entschädigung für den Sachverlust außer Betracht gelassen, weil im Zeitpunkt des Abbruches keine den Wert der Gebäude beeinflussenden Umstände vorlagen, die eine alsbaldige Vernichtung als sicher erscheinen ließen.

Neben verschiedenen weiteren Einzelmeinungen (vgl. insbesondere Esser, Schuldrecht I, 4. Aufl. § 46 III, der bei Reserveursachen bei Restitutionsansprüchen (§ 249) für Unbeachtlichkeit der Reserveursachen plädiert, während sie bei Kompensationsansprüchen (§ 251, 252) beachtlich sein sollen. Dagegen mit Recht Lange, Schadensersatz, § 4 VI S. 182. Zu weiteren Einzelmeinungen vgl. Lange, a.a.O.) hält die Mindermeinung (Lange, § 4 VII S. 184, AK-BGB-Rußmann vor § 249-253 Randnr. 70; Lemhöfer JuS 1966, 337, 340; weitere Nachweise bei Lange, a.a.O.), der auch die hier vertretene Linie folgt, die Reserveursache auch bei den unmittelbaren Objektschäden für beachtlich.

Zur Begründung werden folgende Argumente aufgeführt:

- Die Differenzierung der h.M. sei dem BGB fremd. Nach der Differenzhypothese des § 249 seien Reserveursachen stets beachtlich
- Es sei nicht entscheidend, dass die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch einmal erfüllt seien, sondern, dass sie zum Zeitpunkt der Schadensbestimmung noch bestünden
- Funktion des Schadensrechtes sei der Ausgleich gegebener Differenzen, nicht die Bestrafung pflichtwidrigen Verhaltens.

Nach dieser Ansicht sind F und B in den Beispielen 2 und 5a) nicht zum Ersatz verpflichtet.

Einig ist man sich auch, dass eine Reserveursache, die einen Dritten zum Schadensersatz verpflichtet hätte, unbeachtlich bleibt.

Beispiel: A zerstört eine Sache des B, die bei einem tags darauf von C verschuldeten Brand verbrannt wäre.

C kann für die zerstörte Sache mangels realer Kausalität nicht haftbar gemacht werden. Könnte sich A auf die Reserveursache berufen, so bliebe B im Ergebnis ohne Ersatz.

Für die Mindermeinung stellt sich dies freilich so dar, dass die Reserveursache beachtlich ist, der Schaden des B allerdings darin liegt, dass er von C keinen Schadensersatz verlangen kann. Dies hat Auswirkungen, wenn der Ersatzanspruch gegen den hypothetischen Zweitschädiger beschränkt ist (z.B. § 254 oder Höchstbeträge bei Gefährdungshaftung, vgl. § 12 StVG, §§ 9, 10 HaftpflG, § 10 ProdukthaftG).

## **7. Deliktischer Sach- und Vermögensschutz**

Die Schutzrichtungen des Deliktsrechts zielen in zwei große Bereiche. Der eine betrifft den Schutz der Person und der andere den Sach- und Vermögensschutz. Wir wenden uns zunächst dem Sach- und Vermögensschutz zu.

### *a. Rechtsgüterschutz in § 823 Abs. 1 BGB*

Im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB wird der Sach- und Vermögensschutz über das eigens genannte Eigentumsrecht und die sonstigen Rechte gewährleistet.

#### *i. Eigentum*

Das Eigentumsrecht ist nicht nur gegen Substanzverletzungen (eine Sache wird zerstört oder beschädigt), Sachentziehungen (eine Sache wird gestohlen oder versteckt), sondern auch gegen Rechtsentziehungen geschützt. Die Rechtsentziehungen sind dadurch gekennzeichnet, dass der ursprüngliche Eigentümer sein Eigentum gegen seinen Willen verliert. Wann das der Fall ist, beantworten die Tatbestände des sog. originären Eigentumserwerbs. Man kann hier etwa an den Erwerb durch Hoheitsakt im Rahmen einer Zwangsversteigerung denken, aber auch an die verschiedenen Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs.

Ohne Zweifel haftet der Veräußerer einer ihm nicht gehörenden Sache, die ein anderer gutgläubig erwirbt, dem Eigentümer der Sache nach § 823 Abs. 1 BGB auf



Schadensersatz, wenn ihm eine Sorgfaltspflichtverletzung nachgewiesen werden kann. Fraglich ist, ob das auch für den gutgläubigen Erwerber gilt, der hätte erkennen können, dass ihm ein unberechtigter Veräußerer gegenübersteht. Eine bejahende Antwort könnte in Konflikt geraten mit den Vorschriften über den Gutgläubenserwerb, der bei beweglichen Sachen nur bei grob fahrlässiger Unkenntnis der Nichtberechtigung und bei unbeweglichen Sachen sogar nur bei Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs ausgeschlossen ist. Da wir davon ausgehen müssen, dass die im Rahmen der Gutgläubensvorschriften getroffenen Interessenabwägungen für die uns interessierenden Fallgestaltungen die spezielleren sind, muss das allgemeine Deliktsrecht sich den Wertungen des Sachenrechts anpassen. Der gutgläubige Erwerber braucht das von ihm erworbene Eigentum nicht nach den Vorschriften über die unerlaubte Handlung i.V. mit den Vorschriften des Schadensrechts an den ursprünglichen Eigentümer herauszugeben, dem ursprünglichen Eigentümer des Eigentum zurückzuübertragen.

Substanzverletzung, Sachentziehung und Rechtsentziehung sind unproblematische Fälle des Sach- und Vermögensschutzes in § 823 Abs. 1 BGB. Problematisch wird es, wenn es um Nutzungsbeeinträchtigungen geht, die die Sache und das Recht unberührt lassen. Hier gerät man leicht in Schwierigkeiten, eine Grundentscheidung des Gesetzgebers zu verletzen. Die geht dahin, im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB keinen allgemeinen Vermögensschutz zu gewähren. Würde man nun sämtliche Nutzungsbeeinträchtigungen als Eigentumsverletzungen ansehen, käme man in die unmittelbare Nähe eines allgemeinen Vermögensschutzes im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB. Da muss man sich Eingrenzungskriterien einfallen lassen, die der BGH im Fleet-Fall in der Weise gefunden hat, dass eingeschlossenes Eigentum verletztes Eigentum und (von den Quellen der Nutzung) ausgeschlossenes Eigentum kein verletztes Eigentum sei.

Gericht: BGH 2. Zivilsenat, Datum: 21.12.1970, Az: II ZR 133/68

Leitsatz

1. Aus der Pflicht, die Schiffbarkeit eines Gewässers zu unterhalten, kann sich auch die Verpflichtung des Unterhaltungspflichtigen ergeben, durch geeignete Sicherungsmaßnahmen den drohenden Einsturz einer erkennbar baufälligen Ufermauer, auf der die Außenwand eines Hauses errichtet ist, zu verhindern.
2. Wird ein Schiff durch ein vom Unterhaltungspflichtigen eines schiffbaren Gewässers schuldhaft verursachtes Schiffahrtshindernis (hier: Balkensperre eines Anliegers zur Stützung einer bereits teilweise eingestürzten Hausmauer und Ufermauer) in einem Teil des Gewässers derart eingeschlossen, daß es jede Bewegungsmöglichkeit verliert, so haftet der Unterhaltungspflichtige dem

Schiffseigentümer nach BGB § 823 Abs 1 wegen Verletzung des Eigentums für den durch das Festliegen des Schiffes entstandenen Schaden.

3. Können Schiffe wegen der durch Verletzung der Unterhaltungspflicht herbeigeführten Sperrung eines schiffbaren Gewässers nicht zu einer hinter der Sperre liegenden und dadurch vom Wasser her nicht mehr zugänglichen Verladestelle gelangen, so liegt kein Eingriff des Unterhaltungspflichtigen in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Schiffseigentümer vor, die an dieser Verladestelle laden oder löschen wollen.

Fundstelle

BGHZ 55, 153-162 (LT1-3)

NJW 1971, 886 (ST1-3)

Tatbestand

Die beklagte Bundesrepublik ist Eigentümerin eines als Bundeswasserstraße eingetragenen Fleets, das in B. eine Mühle mit dem dortigen Hafen verbindet. In das Fleet stürzte in der Nacht vom 21. zum 22. Oktober 1962 ein 3 bis 4 m langes Stück der Ufermauer mit einem Teil der darauf ruhenden Außenwand eines Wohnhauses. Um den weiteren Einsturz des Hauses zu verhindern, ließ der Eigentümer dieses, und zwar in Vollzug einer baupolizeilichen Verfügung, abstützen. Hierbei wurden zwei Baumstämme so angebracht, daß sie unmittelbar über der Wasseroberfläche von der einen zur anderen Seite des Fleets führten. Damit war das Fleet - bis zur vorläufigen Instandsetzung der Ufermauer Mitte 1963 - für Schiffe unpassierbar. Dies hatte zur Folge, daß das der Klägerin gehörende MS „Christel“ während der Zeit der Sperrung des Fleets dieses nicht verlassen konnte und an der Verladestelle der Mühle festlag. Außerdem konnte die Klägerin, die der Mühle gegenüber vertraglich gehalten war, Schiffsraum für Transporte bereit zu stellen, mit drei Schuten nicht zur Mühle fahren. Die Klägerin beziffert den ihr durch die Sperrung des Fleets entstandenen Verdienstaufschlag auf insgesamt 31.061,10 DM. Sie verlangt diesen Betrag von der Beklagten ersetzt.

Beider Vorinstanzen haben den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Revision der Beklagten führte zur teilweisen Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

I. ...

II. Das angefochtene Urteil hält nicht in allen Punkten einer rechtlichen Nachprüfung stand:

1. Rechtlich zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß im Falle einer schuldhaften Verletzung der der Beklagten obliegenden Unterhaltungspflicht durch deren verfassungsmäßige Vertreter § 823 Abs 1, §§ 89, 31 BGB als

Anspruchsgrundlage in Betracht kommen und nicht, wie die Revision meint, allenfalls § 839 BGB, Art 34 GG.

Die Unterhaltungspflicht an einer Wasserstraße wird unabhängig davon, wer der Träger dieser Pflicht ist, als eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit angesehen (Wüsthoff, Handbuch des Deutschen Wasserrechts, WHG § 29 Anm 1; Holtz/Kreutz/Schlegelberger, Das Preußische Wassergesetz, 3. und 4. Aufl § 133 Anm 4). Im Streitfall ergibt sich überdies der öffentlich-rechtliche Charakter der Unterhaltungspflicht aus § 80 Nds WasserG. Das bedeutet jedoch nur, daß die Unterhaltungspflicht gegenüber der Allgemeinheit zu erfüllen ist und ihre Erfüllung allein von der Aufsichtsbehörde im Verwaltungswege erzwungen werden kann (Rehder, Niedersächsisches Wassergesetz, 3. Aufl § 80 Anm 1; Giesecke/Wiedemann, Wasserhaushaltsgesetz § 28 Rdnr 2; vgl auch BGH VersR 1964, 534ff; 1967, 604). Hingegen folgt aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Unterhaltungspflicht nicht, wie die Revision meint, daß ihre Erfüllung in den Fällen, in denen sie, wie vorliegend, der Bundesrepublik obliegt, zu den Hoheitsaufgaben des Unterhaltungspflichtigen gehört. Das ist zwar nunmehr kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (§ 7 Abs 1 BWasserStrG) der Fall. Im Zeitpunkt des Einsturzes der Ufermauer und davor wurde jedoch die Unterhaltungspflicht unabhängig von dem Träger der Pflicht überwiegend als ein Teil der Vermögensverwaltung des Pflichtigen betrachtet, deren schuldhaft Verletzung Ansprüche nach § 823 Abs 1 BGB begründet (BGH VersR 1964, 534ff; BGB-RGRK 11. Aufl § 89 Anm 5; Rehder aaO § 80 Anm 2; Giesecke/Wiedemann aaO; Holtz/Kreutz/Schlegelberger aaO).

2. Das Berufungsgericht leitet die Pflicht der Beklagten, das Fleet zu unterhalten, für die Zeit bis zum 14. Juni 1960 aus den § 113, 114 PrWasserG und für die Zeit danach aus den §§ 80, 81 des am 15. Juni 1960 in Kraft getretenen Niedersächsischen Wassergesetzes her. Es meint, die Unterhaltungspflicht umfasse auch die Ufermauer im Bereich der Einsturzstelle. Diese Auffassung stützt es für die hier in erster Linie interessierende Zeit nach dem Inkrafttreten des Niedersächsischen Wassergesetzes zunächst auf dessen § 81 Abs 2 Satz 1, der bestimmt, daß zur Erhaltung des ordnungsmäßigen Zustandes eines Gewässers auch die Unterhaltung des Gewässerbettes einschließlich der Ufer gehört. Weiter gründet es sie auf die in § 81 Abs 1 NdsWasserG enthaltene Regelung, wonach die Unterhaltungspflicht an einem schiffbaren Gewässer auch die Pflicht umgreift, die Schiffbarkeit zu erhalten. Hierzu, so führt das Berufungsgericht näher aus, gehöre auch die Verpflichtung, alle erkennbaren, die Schifffahrt hindernden Zustände des Wasserlaufs, und zwar auch soweit diese von den Ufern oder Uferanlagen ausgehen, zu beseitigen. Andernfalls wäre nicht sichergestellt, daß die Schifffahrt die Wasserstraße überhaupt oder auch nur ungehindert benutzen könne. Die Revision wendet sich gegen diese Ausführungen im Ergebnis ohne Erfolg.

Es bedarf vorliegend keiner Entscheidung der Frage, ob die Beklagte vor dem Inkrafttreten des Niedersächsischen Wassergesetzes verpflichtet war, die Ufermauer im Bereich der Einsturzstelle zu unterhalten. Es kann weiter

dahinstehen, ob den §§ 80ff NdsWasserG allgemein die Pflicht zur Unterhaltung der Ufer durch den Gewässerunterhaltungspflichtigen zu entnehmen ist, und zwar unabhängig davon, wie die Ufer beschaffen oder gestaltet sind, in wessen Eigentum oder Besitz sie stehen oder welchen Zwecken sie außer der Begrenzung des Gewässers dienen. Insbesondere kann offen bleiben, ob § 89 NdsWasserG die gleiche Regelung wie § 120 Abs 5 PrWasserG (vgl zu dieser Bestimmung PrOvG 96, 131, 136) enthält und, wie die Revision meint, die Unterhaltung von Ufermauern grundsätzlich dem Nutzungsberechtigten und nicht dem Gewässerunterhaltungspflichtigen auferlegt. Auf alle diese Fragen und die eingehenden Erörterungen der Revision zu diesen Punkten kommt es im Streitfall nicht an. Denn unter den gegebenen besonderen Umständen folgte jedenfalls aus der nach § 81 Abs 1 NdsWasserG (vgl auch § 28 Abs 1 Satz 1 WHG) bestehenden Verpflichtung der Beklagten, die Schiffbarkeit des Fleets zu erhalten, auch die Pflicht, den drohenden Einsturz der Ufermauer durch geeignete, vom Eigentümer des Hauses zumindest in sinngemäßer Anwendung des § 95 Abs 1 und 2 NdsWasserG zu dulden Sicherungsmaßnahmen zu verhindern.

Das Fleet besitzt, wie im angefochtenen Urteil festgestellt ist, eine Breite von etwa 5 m. Das Fahrwasser reicht nach den Ausführungen in der Verfügung des Wasser- und Schiffsamts vom 4. Juni 1957 von Ufermauer zu Ufermauer. Das Fleet durfte bis zu dem Mauereinsturz, wie zwischen den Parteien außer Streit steht, von Schiffen befahren werden, deren Breite nahezu der Breite des Fahrwassers entsprach. Jeder Einsturz eines Teils der Ufermauern mußte danach die Schiffbarkeit des Fleets zumindest beeinträchtigen. Unter diesen besonderen Umständen umfaßte die Pflicht der Beklagten, die Schiffbarkeit des Fleets zu erhalten, aber nicht nur, wie die Revision meint, die Verpflichtung, nach Eintritt einer Beeinträchtigung oder nach Wegfall der Schiffbarkeit des Fleets diese wiederherzustellen. Vielmehr ging diese Pflicht auch dahin, zumindest jeder unmittelbaren Gefahr, die der Schiffbarkeit des Fleets von der Beschaffenheit der Ufermauern drohte, durch geeignete Maßnahmen zu begegnen. Denn die Schiffbarkeit eines Gewässers zu erhalten, bedeutet nicht nur, sie wiederherzustellen, sondern, wie das Wort „erhalten“ besagt, auch dafür zu sorgen, daß es möglichst zu keiner Beeinträchtigung oder Beseitigung der Schiffbarkeit kommt. Daran, daß letzteres im Streitfall technisch möglich war, kann, wie der weitere Verlauf zeigt, nicht gezweifelt werden.

3. Gegen diese Pflicht haben, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, die verfassungsmäßigen Vertreter der Beklagten dadurch schuldhaft verstoßen, daß sie in Kenntnis des auffälligen Zustandes der Ufermauer und obwohl sie, wie bereits in der Verfügung des Wasser- und Schiffsamts vom 4. Juni 1957 zum Ausdruck kommt, jederzeit mit einem Einsturz der Mauer rechnen mußten, über Jahre hinweg nichts unternommen haben, um durch geeignete Sicherungsmaßnahmen den drohenden Einsturz der Mauer zu verhindern. Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang allerdings meint, die Beklagte habe derartige Maßnahmen „notfalls im Wege der Ersatzvornahme“ durchführen

müssen, so unterscheidet es nicht hinreichend zwischen deren öffentlich-rechtlicher Unterhaltungspflicht und etwaigen öffentlich-rechtlichen Befugnissen der Beklagten gegenüber Dritten. Vorliegend handelt es sich aber nicht um die Durchsetzung derartiger Befugnisse (vgl hierzu die vorerwähnte Verfügung des Wasser- und Schiffsamts), sondern um die Erfüllung einer der Beklagten selbst obliegenden Pflicht. Das beachtet auch die Revision nicht.

Daß der schuldhafte Pflichtverstoß der verfassungsmäßigen Vertreter der Beklagten für die Sperrung des Fleets (mit den der Klägerin daraus entstandenen Nachteilen) adäquat kausal war, zieht die Revision zu Unrecht in Zweifel. Sicher war der unmittelbare Anlaß für die Sperrung des Fleets die Verfügung der Stadt B. vom 22. Oktober 1962 und die in Vollzug dieser Verfügung erfolgte Abstützung des Hauses F.straße 10. Beides war aber nur eine adäquate Folge der vorangegangenen Pflichtwidrigkeit der verfassungsmäßigen Vertreter der Beklagten. Denn daß das Unterlassen der Sicherung einer baufälligen Ufermauer, auf der eine Außenwand eines Gebäudes ruht, unter den gegebenen Umständen zu derartigen Folgen führen kann, liegt nicht außerhalb der Lebenserfahrung.

Ob der weitere Vorwurf des Berufungsgerichts berechtigt ist, die Beklagte habe nach dem Einsturz der Mauer unverzüglich durch deren Ausbesserung für ihre Standfestigkeit sorgen und dadurch die alsbaldige Wiederaufnahme der Schifffahrt auf dem Fleet ermöglichen müssen, kann dahinstehen. Denn für das Schadensersatzbegehren der Klägerin ist es ohne Belang, ob die verfassungsmäßigen Vertreter der Beklagten die Sperrung des Fleets (mit den der Klägerin daraus entstandenen Nachteilen) durch eine weitere Pflichtwidrigkeit länger als notwendig schuldhaft verursacht haben.

4. Das Berufungsgericht verneint den Schutzgesetzcharakter (§ 823 Abs 2 BGB) der Vorschriften über die Unterhaltungspflicht an einem Gewässer. Das ist rechtlich zutreffend (BGH VersR 1967, 405, 406; RG HRR 1935 Nr 1068; vgl auch BGH VersR 1964, 534ff). Es hält die Beklagte aber deshalb für den der Klägerin durch die Sperrung des Fleets entstandenen Schaden für ersatzpflichtig, weil in dem schuldhaft pflichtwidrigen Verhalten ihrer verfassungsmäßigen Vertreter ein unzulässiger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin zu sehen sei. Diese Auffassung begegnet in ihrer Begründung, teilweise auch im Ergebnis, rechtlichen Bedenken.

a) Die Haftung aus einem Eingriff in das Recht an einem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb tritt wegen ihres subsidiären Charakters nur ein, wenn eine andere Rechtsgrundlage nicht gegeben ist und der Zusammenhang der auf dem jeweiligen Rechtsgebiet geltenden Normen ergibt, daß eine Lücke besteht, die mit Hilfe des § 823 Abs 1 BGB geschlossen werden muß (BGHZ 38, 200, 204). Eine Prüfung des Streitfalls aus dieser Sicht führt zu folgendem Ergebnis:

Hinsichtlich des MS „Christel“ der Klägerin kommen Schadensersatzansprüche wegen eines Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten

Gewerbebetrieb deshalb nicht in Betracht, weil insoweit eine die Beklagte zum Schadensersatz verpflichtende Eigentumsverletzung vorliegt. Die Verletzung des Eigentums an einer Sache kann nicht nur durch eine Beeinträchtigung der Sachsubstanz, sondern auch durch eine sonstige die Eigentümerbefugnisse treffende tatsächliche Einwirkung auf die Sache erfolgen (Soergel/Zeuner, BGB, 10. Aufl § 823 Rdnr 24; vgl auch BGB-RGRK, 11. Aufl § 823 Anm 15; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts II. Bd 9. Aufl S 407). Im Streitfall ergibt sich eine Verletzung des Eigentums der Klägerin an MS „Christel“ daraus, daß das Schiff an der Verladestelle der Mühle wegen der Sperrung des Fleets liegen bleiben mußte. Es verlor dadurch jede Bewegungsmöglichkeit über das zwischen der Verladestelle und den als Sperre wirkenden Baumstämmen befindliche Fleetstück hinaus. Es war damit als Transportmittel praktisch ausgeschaltet, seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch entzogen. Die „Einsperrung“ des Schiffes stellte sich demnach als eine die Eigentümerbefugnisse der Klägerin treffende tatsächliche Einwirkung auf dieses Fahrzeug dar. Sie war mithin eine Eigentumsverletzung. Wenn das Reichsgericht in einem ähnlichen Falle eine Eigentumsverletzung verneint hat (RG Gruchot 68, 76, 79), so ging es im Gegensatz zu dem erkennenden Senat ersichtlich davon aus, daß eine Eigentumsverletzung im Sinne des § 823 Abs 1 BGB nur bei einem Eingriff in die Sachsubstanz, nicht aber bei sonstiger Einwirkung auf die Sache (vgl BGH WM 1967, 562, 563), vorliegt. Eine derart enge Auslegung des § 823 Abs 1 BGB wird aber dem Zweck dieser Vorschrift nicht gerecht. Diese will die dort aufgeführten Rechte gegen jede schuldhaft widerrechtliche Verletzung schützen. Die Beklagte, die für das pflichtwidrige schadensursächliche Verhalten ihrer verfassungsmäßigen Vertreter verantwortlich ist (§§ 89, 31 BGB), ist daher der Klägerin für den dieser aus der „Einsperrung“ des MS „Christel“ entstandenen Schaden ersatzpflichtig (§ 823 Abs 1 BGB). Insoweit kommt eine Haftung der Beklagten wegen eines schuldhaft rechtswidrigen Eingriffs in das Recht der Klägerin am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht in Betracht. Dabei bleibt offen, ob ein derartiger Eingriff überhaupt vorgelegen hat. Anders verhält es sich hingegen hinsichtlich des von der Klägerin wegen der Nichtbefahrbarkeit des Fleets für die Schuten geltend gemachten Schadensbetrages. Eine Eigentumsverletzung seitens der Beklagten liegt insoweit deshalb nicht vor, weil die Schuten durch die Sperrung des Fleets in ihrer Eigenschaft als Transportmittel nicht betroffen und damit ihrem natürlichen Gebrauch nicht entzogen wurden. An dieser Beurteilung ändert sich nichts dadurch, daß die Klägerin die Schuten während der Sperrung des Fleets nicht zur Verladestelle der Mühle fahren lassen konnte. Darin ist kein Eingriff in das Eigentum an den Schuten zu sehen, sondern eine Behinderung der Klägerin in der Ausübung des ihr wie jedem Schifffahrttreibenden an dem Fleet zustehenden Gemeingebrauchs. Dieser stellt aber kein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs 1 BGB dar (RG Gruchot 68, 76, 78; KG JW 1938, 948; vgl auch RG SeuffArch 76 Nr 14 und Soergel/Zeuner aaO Rdnr 35).

b) Allein für den Schadensersatzanspruch der Klägerin aus der Nichtbefahrbarkeit des Fleets für die Schuten kommt es demnach darauf an, ob in dem pflichtwidrigen

Verhalten der verfassungsmäßigen Vertreter der Beklagten ein unzulässiger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin zu sehen ist. Dem Berufungsgericht kann nicht beigetreten werden, wenn es diese Frage bejaht. Zwar meint die Revision zu Unrecht, im Streitfall könne schon deshalb nicht von einer Verletzung des Rechts der Klägerin am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb die Rede sein, weil das Begehen einer derartigen Verletzung durch ein Unterlassen nicht möglich sei. Denn die Verletzung der durch § 823 Abs 1 BGB geschützten Rechte oder Rechtsgüter kann auch durch Unterlassung eines den Verletzungserfolg abwendenden Tuns begangen werden (Soergel/Zeuner aaO Rdnr 102). Jedoch ist der Revision zuzugeben, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts zu der Frage, ob im Streitfall ein unmittelbarer Eingriff der Beklagten in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin gegeben ist, rechtlich jedenfalls insoweit nicht einwandfrei sind, als sie den vorliegend zur Erörterung stehenden Schadensbetrag betreffen.

Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß nicht jede rechtswidrige und schuldhafte Beeinträchtigung der gewerblichen Tätigkeit eines Dritten Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs 1 BGB auslöst. Das ist vielmehr nur dann der Fall, wenn sie einen unmittelbaren Eingriff in den Bereich des Gewerbebetriebes darstellt, also betriebsbezogen ist und nicht vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betrifft (BGHZ 29, 65, 74; vgl auch Hauß zu LM Nr 1 § 823 (Ai) BGB und zu Nr 10 § 823 (Ac) BGB). Um einen derartigen, irgendwie gegen den Betrieb der Klägerin gerichteten Eingriff handelt es sich vorliegend aber nicht. Die Schiffbarkeit einer Wasserstraße gehört nicht zum Bereich des Gewerbebetriebes eines Schifffahrtreibenden. Die zeitweilige, auch andere Schifffahrtreibende treffende Sperrung einer Wasserstraße greift daher nicht in dessen Gewerbebetrieb ein. Wenn das Berufungsgericht im Streitfall deshalb eine andere Beurteilung Platz greifen lassen will, weil die Klägerin das Fleet mit ihren Fahrzeugen vor der Sperrung mehr als andere Schifffahrtreibende oder zeitweilig nahezu allein benutzt und die Sperrung sie an der Einhaltung vertraglicher Bindungen gegenüber der Mühle vorübergehend gehindert hat, so kann dem nicht gefolgt werden. Das Bestehen derartiger Bindungen kann nicht dazu führen, die Schiffbarkeit einer von einem Schifffahrtreibenden im Rahmen der Erfüllung vertraglicher Pflichten zu benutzenden Wasserstraße als zum Bereich seines Gewerbebetriebes gehörend anzusehen. Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts kann auch nicht der Umstand stützen, daß die Fahrten der Schiffe der Klägerin für die Mühle im Zeitpunkt des Einsturzes der Ufermauer einen wesentlichen Teil ihrer geschäftlichen Tätigkeit ausgemacht haben. Darüber, was dem Bereich des Gewerbebetriebes eines Schifffahrtreibenden zuzurechnen ist, kann nicht der schwerpunktmäßige, ausschließlich von den jeweiligen Frachtangeboten Dritter abhängige Einsatz eines oder mehrerer Schiffe eines Schifffahrtreibenden auf bestimmten Fahrwasserstrecken entscheiden. Es trifft deshalb nicht zu, wenn das Berufungsgericht meint, im Streitfall liege ein zum Schadensersatz verpflichtender

Eingriff der Beklagten in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin auch insoweit vor, als diese mit ihren Schuten das Fleet zeitweilig nicht befahren konnte. Wollte man dieser Auffassung folgen, so würde das nur auf dem Umweg über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu einer Anerkennung des Gemeingebrauches als eines „sonstigen Rechts“ im Sinne des § 823 Abs 1 BGB führen.

5. Im Ergebnis ist damit dem angefochtenen Urteil nur insoweit beizutreten, als es den Schadensersatzanspruch der Klägerin aus dem „Einsperren“ des MS „Christel“ (24.096,- DM) dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat. Wegen des weitergehenden Klageanspruchs (6.965,10 DM) war die Klage hingegen abzuweisen.

Auf vergleichbarer Linie liegen die Entscheidungen in den Kabelfällen. Wird die Nutzungsmöglichkeit von Produktionsanlagen dadurch beeinträchtigt, dass die Energiezufuhr zu den Produktionsanlagen unterbrochen wird, so soll darin keine Eigentumsverletzung liegen. Das Blatt wendet sich, wenn durch die Unterbrechung der Energiezufuhr Substanzschäden zu beklagen sind.

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 09.12.1958, Az: VI ZR 199/57

Leitsatz

1. Die Unterbrechung der Stromzufuhr durch Beschädigung eines Stromkabels auf einem nicht zum betroffenen Unternehmen gehörenden Grundstück ist im allgemeinen kein betriebsbezogener Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

1.1 Der Schutzbereich dieses Rechts erstreckt sich nicht auf die Schäden, die aus einer solchen Stromunterbrechung und einem dadurch herbeigeführten zeitweiligen Betriebsstillstand entstehen.

Fundstelle

BGHZ 29, 65 (LT1)

Tatbestand

Die Klägerin betreibt eine Fabrik. Im September 1955 hatte ein Baggerführer des Beklagten, der als Tiefbauunternehmer tätig ist, auf dem Grundstück der Firma M., Graphische Betriebe, ein unterirdisch verlegtes, dem Elektrizitätswerk in H. gehörendes Starkstromkabel, das von dort zum Werk der Klägerin führt, beschädigt. Am 18. Juni 1956 ließ der Beklagte auf dem gleichen Grundstück der Graphischen Betriebe M. durch einen anderen Arbeiter mit einem Bagger eine Grube für einen Öltank ausgraben. Gegen 9.40 Uhr wurde von dem Bagger das Starkstromkabel erneut und zwar etwa 60 m hinter der alten Bruchstelle zerrissen;



infolge der Stromunterbrechung lag der Betrieb der Klägerin bis zum 19. Juni 1956, 6.30 Uhr, still.

Die Klägerin macht den Beklagten für den ihr durch die erneute Betriebsruhe entstandenen Schaden verantwortlich. Sie ist der Ansicht, daß das Starkstromkabel, durch das von der Schadensstelle ab außer den Graphischen Betrieben nur noch sie mit Strom beliefert werde, wirtschaftlich einen Teil ihres Betriebes darstelle. Der Beklagte habe durch die Kabelunterbrechung widerrechtlich und schuldhaft in ihren Gewerbebetrieb eingegriffen; er habe es auch pflichtwidrig unterlassen, sich hinreichend über den Kabelverlauf zu unterrichten, diesen äußerlich kenntlich zu machen, den für eine derartige Erdarbeit erforderlichen zweiten Arbeiter zur Beobachtung abzustellen und den Baggerführer hinreichend zu unterrichten und zu überwachen.

Der Beklagte hat den Anspruch bestritten. Er vertritt die Auffassung, durch den Kabelbruch sei der Gewerbebetrieb der Klägerin nur mittelbar betroffen worden; jedoch verpflichte nur ein unmittelbarer Eingriff in einen Gewerbebetrieb zum Schadensersatz. Bei der Vorbereitung der Arbeit habe er ebenso wie bei der Auswahl des Baggerführers und bei dessen Einweisung die erforderliche Sorgfalt beobachtet; eine persönliche Überwachung der Baggerarbeiten sei ihm bei der Größe seines Geschäfts nicht zuzumuten gewesen. Das Landgericht hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung des Beklagten blieb erfolglos. Seine Revision führte zur Abweisung der Klage.

#### Entscheidungsgründe

1. Landgericht und Oberlandesgericht haben übereinstimmend die Schadensersatzpflicht des Beklagten bejaht und angenommen, daß der Beklagte durch die Beschädigung des zum Werk der Klägerin führenden Starkstromkabels und die dadurch herbeigeführte Unterbrechung der Stromzufuhr in das Recht der Klägerin am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb widerrechtlich und schuldhaft eingegriffen habe. Das Oberlandesgericht hat die Haftung des Beklagten aus § 823 Abs 1 BGB in Verb mit § 831 BGB, wobei es den Entlastungsbeweis als nicht hinreichend erboten angesehen hat, sowie aus § 823 Abs 1 BGB allein wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht hergeleitet. Die Revision wendet sich dagegen, daß die Kabelunterbrechung als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin gewertet worden ist.

Die Revision mußte im Ergebnis Erfolg haben.

a) Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung das Recht an einem bestehenden Gewerbebetrieb als ein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs 1 BGB anerkannt.

Bereits in RGZ 58, 24, 29 ist das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als ein subjektives Recht angesehen worden, das unmittelbar verletzt werden könne; Störungen und Beeinträchtigungen, welche sich

unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb richteten, stellten danach eine unter § 823 Abs 1 BGB fallende Rechtsverletzung dar. In der Folgezeit hat das Reichsgericht dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb den Schutz des § 823 Abs 1 BGB zunächst nur dann gewährt, wenn ein Eingriff in den Bestand des Gewerbebetriebes vorlag, also wenn der Betrieb tatsächlich behindert, seine Unzulässigkeit behauptet oder seine Einschränkung oder Einstellung verlangt wurde; gelegentlich hat es auch so formuliert, daß die Grundlagen des Gewerbebetriebes unmittelbar angetastet sein müßten (RGZ 64, 52, 55; 64, 155, 156; 76, 35, 46; 95, 339, 340; 102, 223, 225; 109, 272, 276; 119, 435, 438; 126, 93, 96; 135, 242, 247). Nach dieser an Fragen des Wettbewerbs und Boykotts entwickelten Rechtsprechung wurden Handlungen, die den Gewerbebetrieb nur mittelbar schädigten, nicht als Rechtsverletzungen im Sinne des § 823 Abs 1 BGB erachtet, so wenn dem Gewerbetreibenden nur ein wirtschaftlicher Gewinn entzogen wurde (RGZ 126, 93, 96), ferner bei schädigenden Einwirkungen auf Lieferanten (RGZ 56, 271, 275), bei Beschränkung des Kundenkreises (RGZ 79, 224, 226), schließlich wenn nur die Aussicht auf Erwerb beeinträchtigt oder gestört wurde (RGZ 102, 223, 225; 119, 435, 438; 135, 242, 247). Gewährt wurde der Schutz des § 823 Abs 1 BGB vor allem in solchen Fällen, in denen die Einstellung der gewerblichen Tätigkeit eines anderen mit der Behauptung verlangt wurde, die Tätigkeit verstoße gegen ein dem Untersagenden zustehendes gewerbliches Schutzrecht (Gebrauchsmuster, Patent) und sich dann herausstellte, daß ein solches Schutzrecht nicht bestand und die dahingehende Behauptung mindestens fahrlässig falsch war (RGZ 58, 24; 94, 248; 141, 336); ferner zB bei einem Boykott, bei dem durch Postenstehen vor der Tür und durch tätliche Einwirkung Besucher von dem Betreten einer Gastwirtschaft abgehalten worden waren (RGZ 76, 35, 46).

Eine Lockerung der strengen Erfordernisse für den Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wurde in der späteren Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Reichsgerichts vollzogen. Ein Ansatz zeigte sich bereits in dem Urteil vom 7. Juni 1929 (MuW 1929, 378), durch welches die Bestimmung einer Ortskrankenkasse, daß für gewisse wortgeschützte Arzneikörper keine Zahlung geleistet würde, als bewußte Gefährdung des auf Herstellung der wortgeschützten Arzneimittel gerichteten Gewerbebetriebes angesehen wurde, da die Bestimmung der Ortskrankenkasse bei voller Auswirkung den Hersteller zu Betriebseinschränkungen zwänge. In dem Urteil vom 9. Oktober 1934 (MuW 1935, 26, 30) ist der II. Zivilsenat eindeutig vom bloßen Bestandsschutz abgerückt und hat ausgesprochen, daß für die Anwendbarkeit des § 823 Abs 1 BGB auf dem Gebiete des Warenzeichen- und Wettbewerbsrechts eine schuldhafte Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung eines anderen zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs ausreiche, ohne daß auch ein „unmittelbar gegen den Bestand des Geschäftsbetriebs gerichteter Eingriff“ erforderlich sei. Diese Auffassung hat der gleiche Senat in seiner Entscheidung vom 19. Dezember 1938 (JW 1938, 484 = RGZ 158, 377 (in den für die vorliegende Rechtsfrage maßgeblichen Teilen jedoch in der Amtlichen Sammlung nicht abgedruckt)) bestätigt; es werde damit dem Gedanken Rechnung getragen,

daß jeder Unternehmer beanspruchen könne, vor widerrechtlichen Störungen bewahrt zu bleiben, die sein Unternehmen nicht zur vollen, in der Gesamtheit seiner Bestandteile und Betriebsmittel begründeten Entfaltung kommen ließen, auch wenn dadurch der Bestand des Unternehmens selbst nicht in Frage gestellt sein möge (vgl RGZ 132, 311, 316; RG GRUR 1940, 375, 378; 1942, 364). Der II. Zivilsenat hat in RGZ 163, 21, 32 weiter erwogen, ob das gleiche nicht auch außerhalb des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts zu gelten habe. In seinem Urteil vom 3. Oktober 1941 GRUR 1942, 54 = DR 1942, 175 (auszugsweise) hat sich der I. Zivilsenat des Reichsgerichts der Ansicht des II. Zivilsenats, daß ein unmittelbar gegen den Bestand des Betriebes gerichteter Angriff für eine Anwendung des § 823 Abs 1 BGB bei schuldhafter Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung eines anderen nicht erforderlich sei, ausdrücklich angeschlossen (anders noch der V. Zivilsenat des Reichsgerichts in DR 1940, 723).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird der Schutz des § 823 Abs 1 BGB gegen jede Beeinträchtigung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, wenn sie einen unmittelbaren Eingriff in den gewerblichen Tätigkeitskreis darstellt, gewährt, und zwar auch außerhalb des Gebietes des Wettbewerbs und der gewerblichen Schutzrechte (BGHZ 3, 270; 8, 142; 8, 387; 24, 200; vgl auch BGHZ 23, 157). In der vorgenannten Entscheidung BGHZ 3, 270, 279 ist ausgeführt, daß das Recht am bestehenden Gewerbebetrieb - ebenso wie das Eigentum - durch § 823 Abs 1 BGB nicht nur in seinem eigentlichen Bestand, sondern auch in seinen einzelnen Erscheinungsformen, wozu der gesamte gewerbliche Tätigkeitskreis zu rechnen sei, vor unmittelbaren Störungen bewahrt bleiben müsse. Hieran ist festzuhalten.

b) Durch die von der Rechtsprechung vorgenommene Einordnung des Rechts am bestehenden Gewerbebetrieb in den Kreis der „sonstigen Rechte“ des § 823 Abs 1 BGB ist dieses Recht den dort ausdrücklich aufgeführten Rechtsgütern und Rechten Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Eigentum hinsichtlich seines Schutzes gleichgestellt. Deshalb ist auch bei einer Verletzung des Rechts am bestehenden Gewerbebetrieb zu prüfen, ob die Tatfolgen, für die Ersatz begehrt wird, in den Schutzbereich des Gesetzes fallen (Urteil des erkennenden Senats = BGHZ 27, 137). Allerdings kann, soweit der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes in Frage steht, nicht wie im vorgenannten grundlegenden Urteil des Senats zum Problem der Haftungsbegrenzung gefragt werden, ob der geltendgemachte Schaden aus der Verletzung eines Rechtsgutes entstanden ist, zu dessen Schutz das Gesetz erlassen worden ist. Denn der Gesetzgeber hatte bei der Fassung des § 823 Abs 1 BGB den Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes noch nicht ins Auge gefaßt. Die Frage der Haftungsbegrenzung ist deshalb vorliegend in der Richtung aufzuwerfen und zu entscheiden, was eigentlich der Gegenstand des dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch die Rechtsprechung zuerkannten Rechtsschutzes ist.

Unter dem Begriff des Gewerbebetriebes im Sinne des § 823 Abs 1 BGB ist alles das zu verstehen, was in seiner Gesamtheit den Gewerbebetrieb zur Entfaltung und Betätigung in der Wirtschaft befähigt, also nicht nur Betriebsräume und -grundstücke, Maschinen und Gerätschaften, Einrichtungsgegenstände und Warenvorräte, sondern auch Geschäftsverbindungen, Kundenkreis und Außenstände. Durch den dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb von der Rechtsprechung gewährten und nach und nach erweiterten Schutz soll das Unternehmen in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit, in seinem Funktionieren vor widerrechtlichen Eingriffen bewahrt bleiben. Wenn auch in BGHZ 23, 157, 163 selbst die jeweilige Situation, in der ein Gewerbe betrieben wird, als für den Umfang des gewerblichen Tätigkeitskreises bestimmend angesehen worden ist, so handelt es sich in allen Fällen, in denen der Bundesgerichtshof die Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bejaht hat, um den Schutz solcher Erscheinungsformen des Gewerbebetriebes, die ihm spezifisch und als solchem eigen sind. Geschützt werden soll der Gewerbebetrieb in seinem Bestande und in seinen Ausstrahlungen, soweit es sich um gerade dem Gewerbebetrieb in seiner wirtschaftlichen und wirtschaftenden Tätigkeit wesensgemäße und eigentümliche Erscheinungsformen und Beziehungen handelt.

c) Nach wie vor aber ist, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, ein unmittelbarer Eingriff in den Bereich des Gewerbebetriebes als Voraussetzung für eine Anwendbarkeit des § 823 Abs 1 BGB zu fordern (RGZ 163, 21, 32; BGHZ 8, 387, 394; 15, 338, 349; 23, 157; BGH LM BGB § 823 (Da) Nr 4). Zu Unrecht beruft sich demgegenüber die Klägerin auf die Entscheidungen des Reichsgerichts in RGZ 132, 311, 316 und DR 1942, 175; in diesen ist lediglich der bloße Bestandsschutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als zu eng und jede schuldhaft Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung eines anderen für die Anwendbarkeit des § 823 Abs 1 BGB als ausreichend erachtet worden; das Erfordernis der Unmittelbarkeit des Eingriffs aber wurde nicht angetastet. Es ist freilich richtig, daß, wie das Berufungsgericht ausgeführt hat, der Begriff des „unmittelbaren Eingriffs“ in der Rechtsprechung nicht definiert worden ist. Baumbach/Hefermehl (Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 7. Aufl 1955, Allg Ziff 53 (S 33)) weisen zutreffend darauf hin, daß die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen unmittelbaren und mittelbaren Eingriffen bei dem komplexen Rechtsbegriff des Unternehmens besonders groß sind. Aus der rein sprachlichen Unterscheidung zwischen „unmittelbar“ und „mittelbar“ können entgegen der Ansicht der Revision die Merkmale für die erforderliche Begriffsabgrenzung nicht gewonnen werden. Die Frage der Unmittelbarkeit eines Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kann auch nicht nur aus der Kausalitätslehre beantwortet werden, und es kommt auch auf das Fehlen sogenannter Zwischenursachen nicht entscheidend an, wie das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausgeführt hat (BGHZ 3, 270; 8, 142; 23, 157; abw RGZ 163, 21, 32, wo auf die Unmittelbarkeit des Kausalzusammenhangs abgestellt worden ist, desgl OLG München vom 21. März 1956 NJW 1956, 1719). Auch der

Vorschlag von Larenz NJW 1956, 1719) in seiner Anmerkung zum vorgenannten Urteil des Oberlandesgerichts München - auf das sich beide Parteien für ihren Rechtsstandpunkt berufen -, die Unmittelbarkeit des Eingriffs teleologisch, also im Sinne einer Zweckbezogenheit der Eingriffshandlung auf eine Einschränkung der gewerblichen Tätigkeit aufzufassen, so daß sich die Richtung auf eine Schädigung des Gewerbebetriebes aus ihrer Zweckbestimmung ergäbe, vermag zu einer hinreichend bestimmten Abgrenzung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Eingriffen nicht zu führen. Wenn Larenz als „unmittelbar“ jeden Eingriff in den Gewerbebetrieb ansehen will, der dessen Einschränkung oder Beeinträchtigung entweder zum Zwecke hatte oder mindestens, unter den gegebenen Umständen, zum Zwecke haben konnte, so werden sogleich die Schwierigkeiten im Falle fahrlässigen Handelns des Eingreifenden offenbar. Dennoch kann Baumbach/Hefermehl (aaO) nicht darin beiepflichtet werden, daß wegen der bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten das Erfordernis der Unmittelbarkeit des Eingriffs aufgegeben werden und statt dessen die Wirkung des Eingriffs auf den Tätigkeitsbereich entscheiden sollte (für die Beibehaltung des Unmittelbarkeitserfordernisses: Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb 1958, § 234 I 1b (S 940); Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, II. Bd 2. Aufl 1957, § 66 Id (S 339); Kleine, JZ 1952, 229).

Das Berufungsgericht meint unter Berufung auf das Urteil des erkennenden Senats vom 14. April 1954 (LM BGB § 823 (Da) Nr 4), der Begriff der Unmittelbarkeit sei zielbezogen aufzufassen. Daraus ergebe sich für vorsätzliche Handlungen eine brauchbare Abgrenzung; bei fahrlässig begangenen Eingriffen in den Gewerbebetrieb sei es ausreichend, wenn die Handlung die Beeinträchtigung des Gewerbebetriebes unter den gegebenen Umständen zum Ziel gehabt haben könne und der Handelnde diese Richtung seines Tuns in seine Vorstellung aufgenommen, aber darauf vertraut habe, daß der Erfolg nicht eintrete.

Diese Voraussetzungen eines fahrlässigen, zum Schadensersatz verpflichtenden Eingriffs hält das Berufungsgericht im vorliegenden Falle für gegeben. Der erkennende Senat hat in der genannten Entscheidung ausgesprochen, daß ein Angriff, der eine Verletzung des Rechts am Gewerbebetriebe darstelle, irgendwie gegen den Betrieb als solchen gerichtet sein müsse. Deshalb hat der Senat allein darin, daß ein unbegründeter Rückerstattungsantrag auf Rückgabe eines mit einem Gewerbebetrieb verbundenen Grundstücks die treuhänderische Verwaltung des Grundstücks gemäß MilRegG 52 zur Folge hatte, noch keinen widerrechtlichen Eingriff des Rückerstattungsklägers in den Gewerbebetrieb erblickt; denn der Angriff richtete sich gegen die Person des Inhabers, nicht aber gegen den Gewerbebetrieb selbst, mögen auch dadurch mittelbar Schäden in dem Gewerbebetrieb hervorgerufen worden sein.

Ebensowenig liegt ein unmittelbarer Eingriff in den gewerblichen Tätigkeitskreis vor, wenn einem Betriebe durch Verletzung von Personen das zu seiner Fortführung unentbehrliche Personal entzogen wird (BGHZ 7, 30, 36). Diese Entscheidungen, nach denen zu fordern ist, daß ein unter § 823 Abs 1 BGB

fallender Angriff gegen den Gewerbebetrieb selbst gerichtet sein muß, zeigen die Grundhaltung der herrschenden Rechtsprechung auf, eine übermäßige Ausweitung des Schutzes des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu vermeiden, die dem deutschen Rechtssystem der in kasuistischer Art geregelten Deliktstatbestände zuwider laufen würde. So fehlt es denn auch nicht an Stimmen in der Rechtsprechung und Literatur, die zu der älteren Auffassung des Reichsgerichts zurückkehren möchten, wonach nur diejenige Beeinträchtigung eines Gewerbebetriebes, die dessen Bestand berührt, als Angriff auf ein absolutes Recht gelten soll (OLG Freiburg JZ 1952, 231; erwägend OLG Köln MDR 1953, 617; Gramm in Palandt, 17. Aufl 1958, § 823 BGB Anm 6g, der ausführt, es würden sonst dem § 823 BGB Aufgaben zugewiesen, für die er nicht geschaffen sei).

Diese Stellungnahmen werden ersichtlich von der Sorge getragen, daß, wie Lehmann (MDR 1952, 297) meint, die Anerkennung eines zu weit gehenden generellen Schutzes des Gewerbebetriebes leicht zu einer Normenerschleichung führen könne. Sicherlich ist dadurch, daß nach der späteren Auffassung des Reichsgerichts und der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jeder widerrechtliche unmittelbare Eingriff in den gewerblichen Tätigkeitskreis eine Verletzung des durch § 823 Abs 1 BGB geschützten Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellt, mag sich der Angriff auch nicht gegen den Bestand desselben, sondern gegen eine seiner Erscheinungsformen richten, der Rechtsschutz gegenüber dem zunächst nur gewährten Bestandsschutz des Gewerbebetriebes erweitert worden. Damit ist aber nicht etwa auf dem Umwege über den Schutz des Gewerbebetriebes ein Schutz von Forderungsrechten eingeführt worden, die im Gegensatz zu den absoluten Rechten nur bestimmte Personen binden und deshalb nicht unter den Begriff der „sonstigen Rechte“ im Sinne des § 823 Abs 1 BGB fallen (RGZ 82, 189; 95, 283; 111, 298, 302), oder ein Schutz des Vermögens, das als solches nur unter besonderen Voraussetzungen Deliktsschutz genießt (zB über § 826 BGB); beides wäre unserem geltenden Rechtssystem fremd.

Auch die bei der Frage der Widerrechtlichkeit erforderliche sorgfältige Untersuchung, ob unter Anwendung des Prinzips der Güter- und Pflichtenabwägung dem Eingreifenden etwa ein besonderer Rechtfertigungsgrund zur Seite steht (BGHZ 3, 270; 8, 142; 24, 200), wirkt sich einschränkend aus. Im übrigen sind der Umfang und die Grenzen, innerhalb derer das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu schätzen ist, gerade durch eine sachgemäße Ausfüllung des Begriffs der „Unmittelbarkeit“ des Eingriffs zu ermitteln.

Unmittelbare Eingriffe in das Recht am bestehenden Gewerbebetrieb, gegen welche § 823 Abs 1 BGB Schutz gewährt, sind nur diejenigen, die irgendwie gegen den Betrieb als solchen gerichtet, also betriebsbezogen sind und nicht vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen. Alle Fälle, in denen höchstrichterlich eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und

ausgeübten Gewerbebetrieb bejaht worden ist, hatten auch solche betriebsbezogenen Eingriffe zum Gegenstand. Ebenso wenig wie etwa die Verletzung eines Angestellten oder die Beschädigung oder Zerstörung eines Betriebskraftwagens steht aber die Unterbrechung des zum Unternehmen der Klägerin führenden Stromkabels durch den Beklagten bzw seinen Baggerführer in Beziehung gerade zum Gewerbebetrieb der Klägerin; denn der Baggerführer des Beklagten hat ein Stromkabel beschädigt, das zwar außer den Graphischen Betrieben M. gleichsam zufälligerweise nur noch den Betrieb der Klägerin mit Strom versorgte, genau so gut aber für die Stromlieferung an andere Abnehmer hätte bestimmt sein können. Die Lieferung elektrischen Stroms über ein Kabel und der Anspruch darauf ist zudem keine dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wesenseigentümliche Eigenheit, sondern eine auf der Energielieferungspflicht der Versorgungsunternehmen beruhende Beziehung, die derjenigen gleichartig ist, die auch die anderen Stromabnehmer, wie zB die Haushaltungen und die Angehörigen freier Berufe, mit dem Elektrizitätswerk verbindet. Die Beschädigung eines Kabels mit der Folge der Unterbrechung der Stromzufuhr auf einem nicht zum betroffenen Unternehmen gehörenden Grundstück kann ohne besondere, hier nicht in Betracht kommende Umstände sonach nicht als betriebsbezogener Eingriff in den Tätigkeitskreis dieses Gewerbebetriebes angesehen werden. Wenn durch den Bagger des Beklagten das zum Werk der Klägerin führende Starkstromkabel zerrissen wurde, brachte dies zwar eine Beeinträchtigung der sachlich-technischen Grundlagen mit sich, vermittels welcher der Klägerin durch das Elektrizitätswerk elektrische Energie entsprechend dem zwischen ihnen bestehenden schuldrechtlichen Vertrag zugeführt werden konnte und zugeführt wurde. Aber darin ist kein Eingriff in das Recht der Klägerin am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu finden, weil dies über den dem Gewerbebetrieb von der Rechtsprechung zuerkannten Schutzbereich hinausginge; vielmehr handelt es sich um eine Verletzung des Eigentums des Elektrizitätswerks am Kabel sowie des durch dessen Geschäftsbedingungen eingeschränkten Stromlieferungsanspruchs der Klägerin gegen das Elektrizitätswerk.

Kann demnach ein Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht aus Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb hergeleitet werden, so kommt ein solcher - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - auch nicht wegen Verletzung einer dem Beklagten obliegenden Verkehrssicherungspflicht in Betracht. Denn die schuldhaftige Unterlassung der Verkehrssicherung löst nur dann einen Schadensersatzanspruch aus, wenn ein anderer dadurch in seinen nach § 823 Abs 1 BGB geschützten Rechtsgütern oder Rechten beeinträchtigt wird. Die Klägerin hat aber, selbst wenn der Beklagte die ihm obliegende Verkehrssicherungspflicht verletzt hätte, was dahingestellt bleiben kann, einen Schaden nicht an den nach § 823 Abs 1 BGB geschützten Rechtsgütern und absoluten Rechten, sondern an ihrem Vermögen erlitten.

Wird nicht nur die Funktionstüchtigkeit einer Anlage betroffen, sondern werden Güter in ihrer Substanz verletzt, dann hat man es mit einer Beeinträchtigung des Eigentums zu tun:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 04.02.1964, Az: VI ZR 25/63

Leitsatz

Wer fahrlässig eine Freileitung des Elektrizitätswerks durchtrennt, haftet einem angeschlossenen Abnehmer für den Schaden, den dieser dadurch erleidet, daß auf ununterbrochene Stromzufuhr angewiesene Sachen (hier: Eier in einem elektrischen Brutapparat) verderben.

Fundstelle

BGHZ 41, 123 (LT1)

Tatbestand

Die Erstbeklagte verbreiterte im März 1960 in behördlichem Auftrag die Provinzialstraße zwischen K. und M. Am 14. März 1960 ließ sie durch eine Arbeitsgruppe unter der Leitung des Zweitbeklagten, ihres damaligen Vorarbeiters, Straßenbäume fällen. Einer von ihnen stürzte gegen 13.30 Uhr auf eine elektrische Freileitung des Rheinisch-Westfälischen Elektrizitätswerks (RWE) unmittelbar am Grundstück des Klägers, auf dem dieser eine Geflügelzucht betreibt. Dadurch fiel ua der Strom für den Betrieb des mit Eiern beschickten Brutapparats aus.

Der Kläger hat behauptet, die Stromunterbrechung habe sechs Stunden gedauert. Dadurch seien aus 3.600 Eiern statt der zu erwartenden 3.000 Küken nur einige verküppelte, unverkäufliche Tiere geschlüpft. Der Schaden betrage bei einem Verkaufspreis von 0,60 DM je Küken 1.800 DM; hinzu seien 75 DM für nutzlos aufgewandten Strom zu rechnen. Der Kläger hat Ersatz dieses Verlustes nebst Zinsen verlangt.

Die Beklagten haben in rechtlicher Hinsicht ausgeführt, das Ereignis habe das Eigentum oder den Gewerbebetrieb des Klägers nicht unmittelbar geschädigt; für seinen allenfalls als weitere Folge des Unfalls eingetretenen Verlust könne er nach den Bestimmungen über unerlaubte Handlungen keinen Ersatz verlangen. Das Landgericht hat die Klage der verlangten 75 DM für Stromkosten abgewiesen und den Klageanspruch im übrigen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Beide Beklagten haben Berufung mit dem Ziel der vollen Klageabweisung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat vorab die Berufung des Zweitbeklagten als unbegründet zurückgewiesen. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Zweitbeklagten hatte keinen Erfolg.

Entscheidungsgründe



Das Berufungsgericht hat die Haftung des Zweitbeklagten in dem noch streitigen Umfang bejaht, weil das unsachgemäße Fällen des Baumes unmittelbar zu einer Verletzung des Eigentums des Klägers geführt habe (§ 823 Abs 1 BGB). Unter diesen Umständen, so hat das Berufungsgericht dargelegt, stelle sich die Frage nach den Haftungsgrenzen im Hinblick auf den Schutzzweck der Vorschrift und den Kreis der Ersatzberechtigten nicht, wie sich auch die Prüfung erübrige, ob zugleich ein unzulässiger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Klägers vorliege.

Hiergegen greifen die Rügen der Revision nicht durch.

Für die Verletzung einer Person oder Sache wird nach § 823 Abs 1 BGB unabhängig davon gehaftet, ob die gesetzte Ursache den Schaden unvermittelt oder erst nach ihrer Fortpflanzung durch eine Ursachenkette hervorruft. Wer auf ein Kraftfahrzeug auffährt, das dadurch seinerseits auf einen vorausfahrenden Wagen prallt, hat für die Schäden an beiden Fahrzeugen einzutreten; beide Eigentümer sind unmittelbar Geschädigte. Davon sind die Fälle zu unterscheiden, in denen die Verletzung des unmittelbaren Geschädigten Auswirkungen auf den Rechtskreis eines Dritten hat (so wenn dieser auf die Dienste des Verletzten verzichten muß); solche Drittschäden sind in der Regel nicht zu ersetzen. Die Revision verkennt diese Unterscheidung nicht, ist jedoch der Auffassung, daß hier ein Fall der zweiten Gruppe vorliege, dh daß nur das Elektrizitätswerk unmittelbar einen Schaden (an der ihm gehörenden Leitung) erlitten habe, während der Kläger lediglich ein (infolge des Stromausfalls) mittelbar geschädigter Dritter sei.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden.

Daß es für die Haftung des Schädigers bedeutungslos ist, ob die Eigentumsverletzung unvermittelt oder im Wege einer „Kettenreaktion“ bewirkt worden ist, gilt - eingeschränkt durch den Gesichtspunkt der Adäquanz - auch dann, wenn es nur an einer besonderen Beschaffenheit der zunächst betroffenen Sache liegt, daß weitere Gegenstände in Mitleidenschaft gezogen werden. Wer schuldhaft den Bruch eines Wasserrohrs verursacht, muß auch für die Schäden eintreten, die weiteres Eigentum durch das ausströmende Wasser erleidet. Entsprechendes gilt von der Beschädigung sonstiger Versorgungsleitungen, wenn sie etwa zum Austritt von Öl, Gas oder auch elektrischem Strom führt. Hätte im vorliegenden Fall der stürzende Baum stromführende Drähte herabgerissen und in solcher Weise in Verbindung mit dem Eigentum des Klägers gebracht, daß dieses durch den fehlgeleiteten Starkstrom vernichtet worden wäre, so läge eine zum Schadensersatz verpflichtende Einwirkung auf das Eigentum vor. Der Kläger wäre unmittelbar Geschädigter ohne Rücksicht darauf, daß der stürzende Baum nicht schon durch seinen Fall, sondern erst durch Vermittlung der hergestellten elektrischen Verbindung den Untergang der Sachen bewirkt hätte. Die Haftung für die Beschädigung von Versorgungsleitungen beschränkt sich also nicht etwa von vornherein auf die Kosten ihrer Wiederherstellung.

Die Besonderheit des vorliegenden Falles liegt nur darin, daß das Eigentum des Klägers nicht durch die fehlerhafte Zuleitung, sondern durch die Unterbrechung des elektrischen Stromes beschädigt worden ist. Das rechtfertigt jedoch keine abweichende Beurteilung. Bedarf eine Sache zur Erhaltung ihrer Substanz der ständigen Zufuhr von Wasser, Strom oder dergl, so bewirkt (im Rechtssinne) auch derjenige ihre Zerstörung, der sie durch Abschneiden dieser Zufuhr vernichtet. Wer die Bewässerungsanlagen einer Gartenkultur, die Heizung eines Treibhauses schuldhaft außer Betrieb setzt, haftet deshalb für den an den Pflanzen entstehenden Schaden, gleichviel in wessen Eigentum sie stehen. Nicht anders ist es bei der Unterbrechung der Stromzufuhr, wenn auf deren Stetigkeit angewiesene Sachen dadurch untergehen. Hierzu gehören vor allem Erzeugnisse, die einer elektrisch konstant gehaltenen Temperatur (Wärme oder Kühlung) bedürfen, um nicht zu verderben. Wird dieser Verderb durch eine schuldhafte Durchtrennung der Stromkabel herbeigeführt und sinkt oder entfällt dadurch der Verkaufswert der Produkte, so ist dieser Vermögensverlust lediglich ein aus der Eigentumsverletzung hervorgehender Folgeschaden, der im Rahmen von § 823 Abs 1 BGB zu ersetzen ist.

Anders liegt es, wenn der Stromausfall nicht den Untergang von Sachen bewirkt, sondern nur dazu führt, daß die Fertigung bestimmter Erzeugnisse vorübergehend unterbrochen wird. Insoweit handelt es sich um einen reinen Vermögensschaden. Sein Ersatz kann auch nicht aus dem Gesichtspunkt des unzulässigen Eingriffs in einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gefordert werden, weil die Durchtrennung des Kabels zumindest in aller Regel keinen unmittelbaren, dh betriebsbezogenen Angriff auf das Unternehmen darstellt (BGHZ 29, 65). Ob im Einzelfall aus der Verletzung landesrechtlicher Bauordnungen in Verbindung mit § 823 Abs 2 BGB Schadensersatzansprüche hergeleitet werden könnten (so Tegethoff, BB 1964, 19, 21), braucht nicht erörtert zu werden. Von allenfalls denkbaren Ausnahmen abgesehen, ist die Produktionsunterbrechung ein nicht ersatzfähiger Vermögensschaden eines lediglich mittelbar geschädigten Dritten, der deshalb Ausfälle erleidet, weil das unmittelbar geschädigte Elektrizitätswerk die vertraglich zugesagte Stromlieferung vorübergehend nicht erbringen kann.

Dieser letzten Fallgruppe hat das Berufungsgericht den vorliegenden Sachverhalt mit Recht nicht zugeordnet. Die Produktion ist hier nicht bloß unterbrochen worden, dh sie konnte nicht nach der Wiederherstellung der Stromzufuhr am alten Punkte wieder aufgenommen und - wenn auch nach Zeitverlust - zu Ende geführt werden. Die angebrüteten Eier waren vielmehr inzwischen, wie unstreitig ist, endgültig vernichtet oder zumindest schwer geschädigt. Darin hat das Berufungsgericht rechtlich zutreffend eine Eigentumsverletzung erblickt, durch die der Kläger unmittelbar betroffen worden ist.

Es geht auch nicht über den Schutzzweck von § 823 Abs 1 BGB hinaus, dem Zweitbeklagten die Haftung für einen Schaden der eingetretenen Art aufzuerlegen. Das durch die Schadensersatzpflicht ausgedrückte Gebot, fremdes Eigentum nicht zu beschädigen, bezweckt bei Einrichtungen von weittragender Bedeutung nicht

nur den Schutz ihrer Substanz, sondern auch ihrer Funktion. Daß Dämme, Signalanlagen, Versorgungsleitungen nicht zerstört werden dürfen, hat nicht nur den Sinn, ihren Eigentümern den Aufwand der Wiederherstellung zu ersparen. Das Verbot der Beschädigung will vielmehr auch und gerade Schutz vor dem Eintritt der typischen Folgen bieten. Aus der ständig steigenden und immer empfindlicher werdenden Abhängigkeit der Allgemeinheit von der Energieversorgung erwächst für jedermann die Pflicht, die Freileitungen und Kabel nicht nur als Gegenstände, sondern ganz besonders im Hinblick auf ihre Bedeutung in Acht zu nehmen. Die Sanktion dieser Pflicht durch uU weitgehende Verbindlichkeiten zum Schadensersatz ist § 823 Abs 1 BGB durchaus zu entnehmen; Schäden der eingetretenen Art bewegen sich nicht außerhalb des Rechtswidrigkeitszusammenhangs.

Dementsprechend hat das Berufungsgericht auch die allgemeine Voraussehbarkeit des Schadens mit Recht bejaht. Wer eine elektrische Freileitung durchtrennt, weiß nicht nur, daß er damit mehr als ein Stück Drahtseil zerstört, sondern bei durchschnittlicher Lebenskenntnis auch, daß an das unterbrochene Netz wahrscheinlich zahlreiche Anlagen zur Konservierung von Sachen angeschlossen sind, die bei längerem Stromausfall verderben könnten. Von Tiefkühltruhen und elektrischen Backöfen ist dies allgemein bekannt. Daß sich der Zweitbeklagte gerade die Schädigung keimender Küken in einem Brutapparat hätte vorstellen können, dh daß er auch den speziellen Schadensverlauf vorherzusehen vermochte, ist zur Bejahung seines Verschuldens nicht erforderlich.

Entgegen der Meinung der Revision muß der Kläger nicht einen Teil seines Schadens selbst tragen, weil er kein Notstromaggregat bereitgehalten hat. Ob der Kläger eine solche verhältnismäßig kostspielige Anlage im Hinblick darauf anschaffen wollte, daß sich die Elektrizitätswerke regelmäßig von der Haftung für betrieblich bedingte Stromunterbrechungen freizeichnen, stand bei ihm und brauchte sich nur nach seinen wirtschaftlichen Erwägungen zu richten. Keinesfalls war der Kläger gehalten, diese Anschaffung zur Entlastung Dritter zu machen, die möglicherweise störend in die Stromversorgung eingreifen könnten.

Sowohl im Fleet-Fall wie in den Kabel-Fällen begegnet uns ein für den Vermögensschutz in § 823 Abs. 1 BGB außerordentlich bedeutsames Recht: das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Es ist von der Rechtsprechung als sonstiges Recht i.S. des § 823 Abs. 1 BGB schon vom Reichsgericht entwickelt worden. Bevor wir uns allerdings dieser den Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB sprengenden Entwicklung zuwenden, wollen wir zunächst einige andere Fragen aus dem Bereich des sonstigen Rechts in § 823 Abs. 1 BGB ansprechen.

*ii. Sonstiges Recht*

Was sollte nach den Vorstellungen des Gesetzgebers diese sonstigen Rechte auszeichnen? Sie sollten eigentumsähnlich sein, d.h., dem Berechtigten in einer dem Eigentümer vergleichbaren Weise ein gegen jedermann wirkendes Ausschließlichkeitsrecht zuweisen. Das gilt unzweifelhaft für alle dinglichen Rechte an Sachen, die vom Eigentumsrecht abgespalten sind: Pfandrecht, Nießbrauch, Dienstbarkeit, Anwartschaftsrecht. Unzweifelhaft gilt das auch für die Rechte auf wirtschaftliche Verwertung kreativer geistiger Leistungen, die man mit dem Schlagwort „Geistiges Eigentum“ belegt. Es handelt sich um Urheberrecht, Patentrecht, Warenzeichenrecht, Geschmacksmusterrecht, Gebrauchsmusterrecht.

Problematisch wird die Sache beim Besitz. Der Besitz ist nicht die rechtliche, sondern die tatsächliche Sachherrschaft. Sicher genießt nicht jede tatsächliche Sachherrschaft den Schutz, der zu Schadensersatzansprüchen führen könnte. Das darf man nur für die tatsächliche Sachherrschaft annehmen, der ein Recht zu Grunde liegt. Ein rechtmäßiger Besitz ist im Rahmen des sonstigen Rechts des § 823 Abs. 1 BGB geschützt.

Nicht geschützt sind nur relativ wirkende Forderungsrechte. Wer gegen einen Verkäufer einen Eigentumsverschaffungsanspruch hat, dessen Realisierung daran scheitert, dass ein anderer mit dem Verkäufer den dinglichen Eigentumsübertragungsvertrag schließt, der hat gegen den anderen keinen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB, sondern allenfalls einen solchen aus § 826 BGB. Ebenso wenig genießt derjenige Schutz, dessen Forderungen sich deshalb als undurchsetzbar erweisen, weil sein Schuldner durch Manipulationen Dritter nicht mehr über die Mittel verfügt, die Forderungen zu begleichen.

Manche wollen relative Forderungen wenigstens insoweit als sonstige Rechte im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB schützen, als nicht nur die Durchsetzbarkeit der Forderung, sondern die Forderungszuständigkeit berührt ist. Das kann z.B. dann geschehen, wenn nach einer dem Schuldner nicht entdeckten Forderungsabtretung der Schuldner an den alten Gläubiger leistet und die Forderung aufgrund § 407 BGB zum Erlöschen gebracht wird. Indessen besteht auch hier kein Bedürfnis, der relativen Forderung deliktischen Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB zu gewähren. Den Schutz übernimmt das Bereicherungsrecht mit § 816 Abs. 2 BGB. Eines Schadensersatzanspruchs gegen den ursprünglichen Gläubiger bedarf es deshalb nicht. Das könnte man anders sehen mit Blick auf den in fahrlässiger Unkenntnis handelnden Schuldner. Allerdings würde die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs gegen ihn mit der Wertung des § 407 Abs. 1 in Konflikt geraten, der die Kenntnis der Abtretung verlangt.

## 8. Schädigungen im gewerblichen Verkehr

Der Fleetfall und die Kabelfälle haben uns schon einen Eindruck davon vermittelt, dass der Vermögensschutz besonders bei Schädigungen im gewerblichen Verkehr angesprochen ist. Die Vermögensschäden auslösenden Verhaltensweisen lassen sich in zwei große Kategorien einteilen: Handeln in wettbewerblicher und Handeln in nichtwettbewerblicher Absicht. Das Handeln in wettbewerblicher Absicht meint in Sonderheit das Handeln der Konkurrenten im Wettstreit um die Gunst des Kunden. Hier liegt es in einer Wettbewerbsgesellschaft auf der Hand, dass das Verhalten der Konkurrenten gerade darauf abzielen muss, die Kundennachfrage auf sich zu ziehen und damit zugleich bei insgesamt beschränkten Haushaltsmitteln Umsatz und Gewinnmöglichkeiten der Konkurrenz zu schmälern. Dagegen von Rechts wegen vorgehen zu wollen, rüttelte an die Grundfesten unserer Sozial- und Gesellschaftsordnung. Es liegt deshalb nahe, das Handeln zu Wettbewerbszwecken ganz anderen Kriterien zu unterwerfen als ein Handeln, das nicht auf Wettbewerb ausgerichtet ist. Man könnte daran denken, das gesamte Wettbewerbshandeln einem speziellen Rechtsbereich zuzuordnen und die BGB-Regeln für das Handeln außerhalb des Wettbewerbs zu reservieren. Die Rechtsprechung hat sich dazu nicht durchringen können. So werden für das Wettbewerbshandeln die Regeln des BGB ebenso herangezogen wie für das nichtwettbewerbliche Handeln. Zwar gibt es für das wettbewerbliche Handeln Sondertatbestände im GWB und UWG und vielen anderen Gesetzen mehr. Neben diesen Sondertatbeständen kann aber immer noch auf die Regelungen des BGB zurückgegriffen werden. Allerdings verschieben sich im Rahmen des BGB die Rechtswidrigkeitsmaßstäbe je nachdem, ob es sich um Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs handelt oder nicht.

### *a. Die BGB-Regelung*

Der deliktsrechtliche Schutz vor Schädigungen im gewerblichen Verkehr ist im Bürgerlichen Gesetzbuch ganz unterschiedlich ausgestaltet. In der ursprünglichen Konzeption des Gesetzgebers gewährleistete § 823 Abs. 1 BGB den Schutz vor Beeinträchtigungen des Eigentums und solcher „sonstiger Rechte“, die mit dem Eigentum das eine gemeinsam hatten: den Ausschluss eines jeden anderen von der dem Rechtsinhaber zugewiesenen absoluten Rechtsposition. Im gewerblichen Bereich versagt der Eigentumsschutz bei Nutzungsbeeinträchtigungen, die daraus resultieren, dass man mit einer Sache immer noch machen kann, was man will, lediglich an der Realisierung eines bestimmten Zwecks gehindert wird (Ausschluss von Transportmitteln, Unterbrechung von Energiezufuhr). Auch im sonstigen Recht sind nach dem Verständnis des Gesetzgebers derartige

Nutzungsmöglichkeiten nicht geschützt. Hier ist für den gewerblichen Bereich vor allem der Schutz des sog. geistigen Eigentums von besonderer Bedeutung.

In die Konzeption des Gesetzgebers hat die Rechtsprechung mit der Entwicklung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstiges Recht i.S. des § 823 Abs. 1 BGB einen systembedrohenden Sprengsatz gelegt. Als zunächst nur auf den Bestand des Unternehmens gerichteter Schutzzweck ist das Recht im Zuge der Entwicklungen immer weiter ausgedehnt und zu einem Rahmenrecht gestaltet worden, dem jegliche Ausschließlichkeitsfunktion des Eigentums und der klassischen sonstigen Rechte fehlt. Eine ähnliche Entwicklung ist im Personenschutz über das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu verzeichnen.

*i. Rechtsanwendung bei Rahmenrechten*

Das systemsprengende Rahmenrecht stellt die Rechtsanwendung in § 823 Abs. 1 BGB vor ganz neue Aufgaben. In Ermangelungen des Ausschlusscharakters eines Rahmenrechts kann einem Eingriff, mag er unmittelbar und vorsätzlich sein, keine Unrechtsindikation zukommen, wie man das für die Eingriffe in die klassischen Rechtsgüter und sonstigen Rechte immer noch annehmen konnte. Hier müssen ungeleitet durch gesetzliche Vorgaben Schutzzonen und Verhaltenspflichten bei der Rechtsanwendung entwickelt und begründet werden. Es ist in jedem Fall eine positive Begründung des Rechts- und Pflichtwidrigkeitsurteils erforderlich.

Aus dem Rahmenrechtscharakter und der Systemwidrigkeit des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ziehen manche die Konsequenz, dass es hier gar nicht um ein sonstiges Recht im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB gehe, sondern um einen vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen § 823 Abs. 3 mit spezifischen Vermögensschutzpflichten. Der einzige Unterschied zu § 823 Abs. 2 läge darin, dass die Vermögensschutzpflichten des § 823 Abs. 2 BGB vom Gesetzgeber aufgestellt, während die Vermögensschutzpflichten im Rahmen des imaginären § 823 Abs. 3 BGB von der Rechtsprechung entwickelt würden.

Hier stellt sich natürlich für alle die Frage nach der Legitimität einer derartigen Rechtsentwicklung. Diese Frage ist gänzlich unabhängig davon, ob man von einem Rahmenrecht in § 823 Abs. 1 BGB oder von der Entwicklung von Verkehrspflichten für den Schutz fremden Vermögens im Rahmen eines imaginären § 823 Abs. 3 BGB ausgeht. Das Rad der Geschichte wird sich kaum zurückdrehen lassen. Es scheint so, als benötige die Gesellschaft die zu flexiblen Reaktionen fähige Rechtsprechung, um einen angemessenen Schutz des Vermögens vor Schädigungen im gewerblichen Verkehr zu gewährleisten.

*ii. Das Rahmenrecht als subsidiäres Recht*

Bei der Betrachtung einzelner Fallgruppen wird es sich aber immer wieder als wichtig erweisen, die ohne das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gegebene Rechtslage auszuleuchten. Das erweist sich schon deshalb als erforderlich, weil mit Recht die Rechtsprechung das Rahmenrecht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs als bloß subsidiäres Recht begreift, das erst dann zum Zuge kommt, wenn andere Möglichkeiten des Vermögensschutzes scheitern.

Jenseits des § 823 Abs. 1 BGB sind im Rahmen der BGB-Regelung die wichtigsten Schutznormen die §§ 823 Abs. 2, 824 und 826 BGB.

*iii. Schutzgesetzverletzung*

§ 823 Abs. 2 BGB stellt die Verbindung zu den gesetzlichen Normen außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs her, die einen individuellen Vermögensschutz zum Ziel haben. Die Schwierigkeiten in der Anwendung dieser Norm liegen darin, die Normen mit Schutzgesetzcharakter ausfindig zu machen und den jeweiligen Schutzbereich zu bestimmen.

Bei einer GmbH oder einer AG sind die Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder kraft Gesetzes verpflichtet, im Falle des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder im Falle ihrer Überschuldung unverzüglich das Insolvenzverfahren (früher Konkurs- oder Vergleichsverfahren) einzuleiten (vgl. §§ 64 Abs. 1 GmbHG, 92 Abs. 2 AktG). Wird diese Verpflichtung verletzt und dadurch der Gesellschaftskonkurs „verschleppt“, so kann ein Gesellschaftsgläubiger Ersatz des ihm dadurch entstandenen Schadens von den Geschäftsführern oder Vorstandsmitgliedern verlangen. Als Anspruchsgrundlage kommt § 826 BGB in Betracht. Daneben kann der Anspruch aber auch auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den eben genannten Vorschriften gestützt werden. Im letzteren Falle braucht der Gläubiger nicht den Schädigungsvorsatz der Gesellschaftsorgane nachzuweisen. Vielmehr muss er lediglich dargetun, dass die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet war und der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens gleichwohl unterblieben ist. Nach allgemeinen Beweislastregeln ist es alsdann Sache des Gesellschaftsorgans zu beweisen, dass ihm daraus kein Vorwurf gemacht werden kann. Die folgende Entscheidung skizziert gleichzeitig die Entwicklung der Rechtsprechung auf diesem Gebiet:

Gericht: BGH 2. Zivilsenat, Datum: 06.06.1994, Az: II ZR 292/91

Leitsatz

2. Die (Neu-)Gläubiger, die ihre Forderungen gegen die GmbH nach dem Zeitpunkt erworben haben, zu dem Konkursantrag hätte gestellt werden müssen, haben gegen den insoweit schuldhaft pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer einen Anspruch auf Ausgleich des vollen - nicht durch den „Quotenschaden“ begrenzten - Schadens, der ihnen dadurch entsteht, daß sie in Rechtsbeziehungen zu einer überschuldeten oder zahlungsunfähigen GmbH getreten sind (insoweit Aufgabe BGH, 1957-12-16, VI ZR 245/57, BGHZ 29, 100).

Fundstelle

NJW 1994, 2220-2225 (LT)

JuS 1994, 1073 (L)

Tatbestand

Der Beklagte ist Geschäftsführer und seit 1985 Alleingesellschafter der im Mai 1981 mit einem Stammkapital von 50.000,- DM gegründeten S. Handels-GmbH (im folgenden: GmbH). Im Dezember 1985 und Januar 1986 bestellte er im Namen der GmbH bei der Klägerin Waren im Gesamtwert von 98.236,22 DM. Die Klägerin lieferte die Gegenstände unter Eigentumsvorbehalt im Januar und Februar 1986. Auf Antrag des Beklagten vom 27. März 1986 wurde am 25. April 1986 das Konkursverfahren über das Vermögen der GmbH eröffnet. Die Klägerin, die auf die Warenlieferungen keine Bezahlung erhielt, erlangte durch Aussonderung Waren im Wert von 7.960,11 DM zurück.

Wegen der Restforderung von 90.276,11 DM, mit der sie nach ihrer Behauptung im Konkurs ausfallen wird, nimmt die Klägerin den Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch. Sie hat behauptet, die GmbH sei bereits 1985 überschuldet und zahlungsunfähig gewesen; der Beklagte habe dies, als er die Waren bestellte, gewußt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Klage ist gleichwohl nicht abweisungsreif, weil sich die Haftung des Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 1 GmbHG ergeben kann.

1. Nach § 64 Abs. 1 GmbHG hat der Geschäftsführer die Eröffnung des Konkursverfahrens bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft unverzüglich („ohne schuldhaftes Zögern“) zu beantragen. Die Vorschrift ist, worüber seit langem Einigkeit besteht, ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Gesellschaftsgläubiger. Die sich daraus ergebende Haftung des Geschäftsführers ist jedenfalls gegenüber denjenigen Gläubigern, die ihre



Forderung bereits vor dem Zeitpunkt erworben haben, in dem der Konkursantrag hätte gestellt werden müssen, auf den Betrag beschränkt, um den sich die Konkursquote, die sie bei rechtzeitiger Konkursanmeldung erhalten hätten, durch Verzögerung der Antragstellung verringert (sog. Quotenschaden; grundlegend BGHZ 29, 100, 102 ff.). Der Geschäftsführer hat den auf diese Weise errechneten Gesamtgläubigerschaden zu ersetzen, und zwar, wenn ein Konkursverfahren stattfindet, durch Zahlung in die Konkursmasse (vgl. K. Schmidt, GesR aaO § 36 II 5 b S. 903). Da hierbei auf den Zeitpunkt des Eintritts der Konkursantragspflicht abgestellt wird, war zunächst zweifelhaft, ob auch Gläubiger, die ihre Forderung erst später erworben haben, in den Schutzbereich der Vorschrift einbezogen sind. Diese Frage ist, wie seit der genannten Grundsatzentscheidung des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 16. Dezember 1958 außer Streit ist, zu bejahen. Auch die Neugläubiger, die, jedenfalls soweit es sich um Vertragsgläubiger handelt, bei rechtzeitiger Konkursanmeldung gar keinen Schaden erlitten hätten, sollen danach indessen nur den Quotenschaden ersetzt erhalten; für dessen Berechnung soll der Zeitpunkt maßgebend sein, in dem die jeweilige Forderung entstanden ist (BGHZ 29, 100, 104 ff., 107; BGHZ 100, 19, 23 ff.; BGH, Urt. v. 22. Januar 1962 - III ZR 198/60, WM 1962, 527, 530, v. 18. Juni 1979 - VII ZR 84/78, NJW 1979, 2198, insoweit in BGHZ 75, 23 nicht abgedruckt, und v. 8. Oktober 1987 - IX ZR 143/86, WM 1987, 1431, 1432; ferner beiläufig das eine Aktiengesellschaft betreffende Urteil des erkennenden Senats vom 11. November 1985, BGHZ 96, 231, 237; vgl. aber auch BGHZ 75, 96, 106: „Schutzgesetz ... jedenfalls insoweit ..., als sich durch die Verzögerung der Konkurseröffnung die Befriedigungsaussichten der Gläubiger verringert haben“). Auch das Bundesarbeitsgericht ist dieser Rechtsprechung gefolgt (Urt. v. 24. September 1974 - 3 AZR 589/73, NJW 1975, 708 und v. 17. September 1991 - 3 AZR 521/90, soweit ersichtlich, nicht veröffentlicht).

Das gleiche gilt für den überwiegenden Teil des Schrifttums (vgl. Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 48 f.; Scholz/K. Schmidt, GmbHG 7. Aufl. § 64 Rdn. 35 f.; Rowedder, GmbHG 2. Aufl. § 64 Rdn. 24 - ohne eigene Stellungnahme -; Lutter/Hommelhoff, GmbHG 13. Aufl. § 64 Rdn. 13; Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG 15. Aufl. § 64 Rdn. 26 m.w.N.; zu § 92 Abs. 2 AktG: Mertens, KK 2. Aufl. § 92 Rdn. 52; Meyer-Landrut, GroßKomm. <1973> § 92 Anm. 9; unklar dagegen Hefermehl, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, 1973-74, § 92 Rdn. 24; zweifelnd Roth, GmbHG 2. Aufl. § 64 Anm. 3.1). Auch die Gegenansicht - Ersatz des vollen den „Neugläubigern“ infolge des Kontrahierens mit einer konkursreifen GmbH entstandenen Schadens - ist aber immer vertreten worden und bis zur Wiederaufnahme der kontroversen Diskussion im Anschluß an die die jetzige Entscheidung vorbereitenden Beschlüsse des Senats vom 1. März 1993 (aaO) und vom 20. September 1993 (ZIP 1993, 1543) nicht verstummt (Winkler, MDR 1960, 185, 186 f.; Lambsdorff/Gilles, NJW 1966, 1551 f.; Kühn, NJW 1970, 589, 590 ff.; Lindacher, DB 1972, 1424 f.; Gilles/Baumgart, JuS 1974, 226, 227 f.; Uhlenbruck, Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich, 2. Aufl., 1988, S. 403 ff.; Stapelfeld, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers für

Fehlverhalten in der Gesellschaftskrise, 1990, S. 166 ff.). Auch zu den dem § 64 GmbHG entsprechenden Konkursantragsvorschriften für die anderen juristischen Personen mit beschränktem Haftungsvermögen wird teilweise eine Pflicht zu vollem Schadensausgleich gegenüber den Neugläubigern angenommen (Staudinger/Coing, BGB 12. Aufl. § 42 Rdn. 10; Müller, GenG, 1976, § 99 Rdn. 9; zu § 92 Abs. 2 AktG: Meyer-Landrut, FS Barz, 1974, S. 271, 277 ff.; zweifelnd Medicus, Bürgerliches Recht 16. Aufl. Rdn. 622; Meyer/Meulenbergh/Beuthien, GenG 12. Aufl. § 99 Rdn. 4). Hopt (Baumbach/Duden/Hopt, HGB 28. Aufl. § 130 a Anm. 3 A) sieht in dem auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung eingeschränkten Haftungsumfang „eine wesentliche Schwäche“ der Haftungsregelung des § 130 a HGB.

2. Der erkennende Senat, auf den die Zuständigkeit zur Entscheidung über Ansprüche aus unerlaubter Handlung durch Verletzung von gesellschaftsrechtlichen Schutzgesetzen vom VI. Zivilsenat übergegangen ist, hält mit Zustimmung der von dieser Rechtsprechungsänderung betroffenen Zivilsenate des Bundesgerichtshofs - nämlich des III., des VII. und des IX. Zivilsenats - sowie des 3. Senats des Bundesarbeitsgerichts den Geschäftsführer bei schuldhaftem Verstoß gegen die Konkursantragspflicht des § 64 Abs. 1 GmbHG für verpflichtet, den Gläubigern, die infolge des Unterbleibens des Konkursantrags mit der GmbH in Geschäftsbeziehung treten und ihr Kredit gewähren, den ihnen dadurch entstehenden Schaden über den sogenannten Quotenschaden hinaus zu ersetzen.

a) Durch die dem Geschäftsführer einer GmbH auferlegte Konkursantragspflicht werden, wie gesagt, nicht nur die bei Eintritt der Konkursreife bereits vorhandenen Gesellschaftsgläubiger (die „Altgläubiger“), sondern auch die erst später neu hinzukommenden (die „Neugläubiger“) geschützt. Diese wären, wenn der Geschäftsführer seiner Pflicht nachgekommen wäre, nicht in die Gläubigerstellung gelangt; sie hätten mit der Gesellschaft keinen Vertrag mehr geschlossen, ihr keinen Kredit gewährt und damit keinen Schaden erlitten. Die Ursache für diesen Schaden liegt in dem Verstoß gegen die Schutzvorschrift des § 64 Abs. 1 GmbHG. Das hat nach allgemeinen Schadensersatzregeln zur Folge, daß der dem Vertragspartner auf diese Weise rechtswidrig und schuldhaft zugefügte Schaden zu ersetzen ist (vgl. Staudinger/Coing aaO § 42 Rdn. 10). Daß demgegenüber die Altgläubiger nur bis zur Höhe der bei rechtzeitiger Konkursantragstellung erzielbaren Konkursquote entschädigt werden, ist kein Grund dafür, die Neugläubiger ebenso zu behandeln. Bis zu dem nach § 64 Abs. 1 GmbHG maßgebenden Zeitpunkt ist kein Konkursdelikt begangen worden; eine vorher eingetretene Entwertung der zu diesem Zeitpunkt bereits begründeten Forderungen fällt, soweit ein Anspruch nicht auf einer anderen Rechtsgrundlage besteht, in den Risiko- bereich der davon betroffenen Gläubiger. Insoweit ist diesen kein auf dem Verstoß gegen die Konkursantragspflicht beruhender Schaden entstanden. Eine Ungleichbehandlung beider Gläubigergruppen (Fleck, GmbHR 1974, 224, 235; Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 49) läßt sich darin, daß jedem Gläubiger der gerade ihm entstandene Schaden ersetzt wird, nicht erkennen. Die Begrenzung des

Ersatzanspruchs auf den Quotenschaden wird - auch - damit begründet, daß die Neugläubiger, weil sie erst durch die Anbahnung von vertraglichen Beziehungen zur GmbH zu Gläubigern werden, mit ihrem Einzelschaden keine individuell abgrenzbare Gruppe von Betroffenen, sondern Teil des Rechtsverkehrs und damit der Allgemeinheit seien, die als solche in den von § 64 Abs. 1 GmbHG gewährten Schutz nicht einbezogen sei (so Ulmer, ZIP 1993, 771; dagegen Wiedemann, EWIR 1993, 583, 584; K. Schmidt, NJW 1993, 2934; Lutter, DB 1994, 129, 135). Es geht indessen hier nicht um den persönlichen Schutzbereich des § 64 GmbHG - daß die Neugläubiger von ihm erfaßt werden, steht außer Streit -, sondern um den Umfang des den Neugläubigern zu ersetzenden Schadens. Wenn dieser Ersatzanspruch hinter dem zurückbleiben soll, was sich aus allgemeinen schadensersatzrechtlichen Grundsätzen ergibt, so läßt sich das allenfalls damit begründen, daß ein solcher Individualschaden nicht vom objektiven Schutzzweck des § 64 Abs. 1 GmbHG erfaßt werde.

b) Der Normzweck der gesetzlichen Konkursantragspflichten besteht darin, konkursreife Gesellschaften mit beschränktem Haftungsfonds vom Geschäftsverkehr fernzuhalten, damit durch das Auftreten solcher Gebilde nicht Gläubiger geschädigt oder gefährdet werden (Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 1). Daran hat der Gesetzgeber in schadensersatzrechtlicher Hinsicht zunächst nur die Sanktion geknüpft, daß die Geschäftsführer nach § 64 Abs. 2 GmbHG verpflichtet sind, „Zahlungen“, die sie nach Eintritt der Konkursreife unter Außerachtlassung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns aus dem Gesellschaftsvermögen geleistet haben, der Gesellschaft zu ersetzen. Nach herrschender Meinung sind damit über reine Geldzahlungen hinaus alle Leistungen gemeint, die das Gesellschaftsvermögen schmälern, wobei streitig ist, ob auch die Eingehung neuer Verbindlichkeiten dazu gehört (vgl. Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 39 f. und Scholz/K. Schmidt aaO § 64 Rdn. 22, jeweils m.w.N.; im hier interessierenden Zusammenhang ausführlich Wilhelm, ZIP 1993, 1833, 1835 f.). Der Bundesgerichtshof hat aus dieser sich unmittelbar aus dem GmbH-Gesetz ergebenden Rechtslage geschlossen, daß ein weitergehender Schutz der Gläubiger nicht gewollt gewesen sei; das Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit und die Kreditwürdigkeit eines anderen werde, so ist im Urteil vom 16. Dezember 1958 ausgeführt, im Geschäfts- und Wirtschaftsleben nicht besonders geschützt (BGHZ 29, 100, 106). Für Gläubiger einer Rechtsperson, deren Gesellschafter nicht mit ihrem ganzen Vermögen haften, bestehe zwar ein Bedürfnis nach einem weitergehenden Schutz der Gläubiger. Es gebe jedoch keine Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber durch § 64 Abs. 1 GmbHG über das Ziel hinaus, das zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderliche Gesellschaftsvermögen zu erhalten, die Gläubiger auch davor habe bewahren wollen, einer überschuldeten Gesellschaft noch Kredit zu geben oder überhaupt noch mit ihr in Geschäftsbeziehungen zu treten.

Aus den Materialien zum GmbH-Gesetz läßt sich insoweit wenig herleiten. Der Deutsche Handelstag hatte im Gesetzgebungsverfahren gefordert, die im Hinblick

auf „das kapitalistische Moment der neuen Gesellschaftsform“ befürwortete Konkursantragspflicht dadurch sicherzustellen, daß der Zuwiderhandelnde mit seinem gesamten Vermögen in die Haftung für die Gesellschaftsschulden eintrete bzw. daß er den Gesellschaftsgläubigern persönlich für jeden einzelnen Ausfall an ihren Forderungen hafte (Amtl. Ausgabe des Entwurfs eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen, 1891, S. 136, 137). Auch die preußischen Handelskammern hatte als Sanktion für die verspätete Stellung des Konkursantrags eine direkte Haftung für alle Ausfälle, die die Gläubiger im Konkurs erleiden, verlangt. Der Gesetzgeber ist diesen Forderungen zwar nicht nachgekommen, sondern hat es bei dem durch § 64 Abs. 2 GmbHG geschaffenen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer belassen (vgl. dazu auch Flume, ZIP 1994, 337, 339). Indessen war bei Erlass des GmbH-Gesetzes im Jahre 1892 das Bürgerliche Gesetzbuch noch nicht in Kraft getreten, und die Vorschrift des § 823 Abs. 2 BGB existierte noch nicht (darauf weisen Medicus, WuB II C. § 64 GmbHG 1.94, und Wilhelm, ZIP 1993, 1834, 1835 zutreffend hin). Die Frage, welche Schadensersatzansprüche sich aus dieser Bestimmung für die durch verspätete Konkursantragstellung geschädigten Gläubiger ergeben, kann nicht ohne weiteres mit dem Hinweis auf die - begrenzten - Ansprüche beantwortet werden, die vor der Einführung jener Vorschrift gesetzlich vorgesehen waren. Die bisherige Rechtsprechung und der Teil des Schrifttums, der ihr folgt, sehen als das „den Schutz eines anderen bezweckende Gesetz“ (§ 823 Abs. 2 BGB) ausdrücklich oder der Sache nach nur Absatz 2, nicht dagegen Absatz 1 des § 64 GmbHG an, und zwar auch, soweit diese letztere Bestimmung als Schutzgesetz bezeichnet wird (nachdrücklich in diesem Sinne Gerd Müller, GmbHR 1994, 209; Anspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 2 GmbHG; vgl. auch Canaris, JZ 1993, 649, 650); jedenfalls sollen beide Absätze der Vorschrift eine „einheitliche Schutzrichtung“ haben (K. Schmidt, NJW 1993, 2934). Unter dieser Voraussetzung ist in der Tat nur der allen Gläubigern gleichmäßig entstandene Masseverkürzungsschaden zu ersetzen, und die Neugläubiger werden dann tatsächlich nur insoweit zu in den Schutz einbezogenen „Gläubigern“, als sie sich der GmbH gegenüber schon vertraglich gebunden haben (Ulmer, ZIP 1993, 771); denn nur in dieser Eigenschaft haben sie ein Anrecht auf Befriedigung aus dem als Konkursmasse zu erhaltenden Gesellschaftsvermögen. Eigentliches und ausschließliches Schutzgut des § 64 GmbHG ist aus dieser Sicht das Vermögen der Gesellschaft, dessen Erhaltung durch Absatz 2 dieser Vorschrift gesichert werden soll (zutreffend Flume, ZIP 1994, 337, 339). Die von der Verkürzung der Masse betroffenen Gesellschaftsgläubiger erleiden danach lediglich einen „Reflexschaden“, und die Bedeutung des § 823 Abs. 2 BGB besteht dann in diesem Zusammenhang lediglich darin, daß sie jenen mittelbaren Schaden - zudem auch dort, wo im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer § 43 Abs. 2 GmbHG versagt, wie insbesondere beim Alleingesellschafter - außerhalb des Konkurses selbständig geltend machen können (Gerd Müller, ZIP 1993, 1531, 1536; ders., GmbHR 1994, 209, 210). Dem über § 64 Abs. 2 GmbHG hinausreichenden Zweck des Absatzes 1 der Vorschrift, konkursreife

Gesellschaften mit beschränktem Haftungsvermögen aus dem Rechtsverkehr zu entfernen, wird damit eine Schutzwirkung zugunsten der mit einer solchen Gesellschaft in Rechtsbeziehungen tretenden Personen versagt. Jener weitergehende Zweck des § 64 Abs. 1 GmbHG schützt dann überhaupt nicht den einzelnen Geschäftspartner einer konkursreifen GmbH, sondern ausschließlich die Allgemeinheit in ihrem - öffentlichen - Interesse an der Beseitigung einer solchen Gesellschaft. Dies ist gemeint, wenn gesagt wird, die Neugläubiger fielen nicht in den persönlichen Schutzbereich des § 64 GmbHG (Ulmer, ZIP 1993, 771).

c) Eine solche Begrenzung des mit den Konkursantragspflichten bewirkten Schutzes wird deren Bedeutung nicht gerecht. Für juristische Personen mit beschränkter Haftungsmasse besteht nicht nur der zusätzliche Konkursgrund der Überschuldung; nur für sie gibt es auch überhaupt eine - von ihren Organen zu erfüllende - Pflicht zur Konkursanmeldung. Das beruht darauf, daß die Beschränkung der Haftung auf das Vermögen der Gesellschaft (§ 13 Abs. 2 GmbHG) ihre Legitimation verloren hat, wenn dieses Vermögen vollständig verwirtschaftet ist. Die Konsequenz besteht nach dem Gesetz nicht in einer nunmehr einsetzenden persönlichen Haftung der Gesellschafter, sondern darin, daß die für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen durch Konkursanmeldung für eine rechtzeitige Beseitigung der Gesellschaft zu sorgen haben. Die Konkursantragspflicht ergänzt damit den mit den Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften bewirkten Gläubigerschutz; zusammen mit diesen stellt sie die Rechtfertigung für das Haftungsprivileg der Gesellschafter dar (K. Schmidt, ZIP 1988, 1497; ders., NJW 1993, 2934; Stapelfeld aaO S. 171). Wegen dieses Zusammenhangs ist es verfehlt, eine über den Quotenschaden hinausgehende Haftung des Geschäftsführers - der im übrigen nicht notwendig auch Gesellschafter sein muß - gerade als dem Prinzip der Haftungsbeschränkung widersprechend zu bezeichnen (so Bauder, BB 1993, 2473 f.).

Als Instrument des Gläubigerschutzes muß das Gebot der rechtzeitigen Konkursantragstellung schadensersatzrechtlich - und nicht nur strafrechtlich - so sanktioniert sein, daß dieser Schutz wirksam ist. Das ist bei Begrenzung der Geschäftsführerhaftung auf den Quotenschaden und Ausschluß der Ersatzpflicht für darüber hinausgehende Individualschäden nicht der Fall. Die Berechnung jenes Quotenschadens bereitet „beängstigende Schwierigkeiten der Schadensschätzung“ (K. Schmidt, JZ 1978, 661, 665), die sich, soweit es um die erst nach dem Zeitpunkt der Konkursreife hinzukommenden Gläubiger geht, noch verstärken (vgl. dazu Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 54). Der damit zusammenhängende Aufwand ist so groß, daß er in der Praxis als nicht lohnend angesehen wird. Die Quotenberechnung ist als eine „juristische Spielerei“ (Gerd Müller, GmbHR 1994, 209, 212) bezeichnet worden, die „ebenso ästhetisch anziehend wie praktisch undurchführbar“ sei (Schanze, AG 1993, 380). Die Frage, ob eine die Konkursanmeldung betreffende Pflichtverletzung vorlag, war deshalb auf der Grundlage der bisherigen Rechtspraxis zu § 64 GmbHG, soweit es um unmittelbare Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger ging, „nicht bedeutsam“

(Bauder, BB 1993, 2472, 2473). Die Begrenzung der Haftung auf den Quotenschaden hat die Konkursantragsvorschriften als Haftungsnormen weitgehend außer Kraft gesetzt; es ist, soweit ersichtlich, kein Prozeß bekannt geworden, in dem von vornherein ein auf den Ersatz des Quotenschadens begrenzter Anspruch jemals ernstlich verfolgt worden wäre (Mertens, FS Hermann Lange, 1992, S. 561, 577).

Auf der anderen Seite besteht, wie schon der VI. Zivilsenat im Urteil vom 16. Dezember 1958 zum Ausdruck gebracht hat - darauf ist weiter oben bereits hingewiesen worden - ein Bedürfnis nach einem individuellen Schutz der durch Konkursverschleppungen geschädigten Gläubiger (BGHZ 29, 100, 106). Rechtsprechung und Wissenschaft haben versucht, diesem Bedürfnis durch Haftungstatbestände außerhalb der Konkursantragsvorschriften Rechnung zu tragen. Dazu gehören die jedenfalls in diesem Zusammenhang dogmatisch nicht haltbare, an der falschen Stelle ansetzende und die in Betracht kommenden Fälle nicht richtig erfassende Vertreterhaftung wegen wirtschaftlichen Eigeninteresses (oben I) und der in unmittelbarer Nähe der Konkursverschleppungstatbestände ansetzende Vorschlag, eine Vertrauenshaftung des Geschäftsführers im Stadium der Insolvenz der Gesellschaft einzuführen (s. dazu oben I 2 b). Es ist ferner, wie bereits erwähnt (oben I 2 a bb unter 1), erwogen worden, in den Fällen der Fortführung einer konkursreifen GmbH eine Haftung der die Gesellschaft beherrschenden, an ihr unternehmerisch beteiligten Gesellschafter anzunehmen (Roth, GmbHR 1985, 137, 139 ff.). Dies alles zeigt, daß die gläubigerschützende Bedeutung des § 64 Abs. 1 GmbHG unter dem Aspekt der Haftungsnorm des § 823 Abs. 2 BGB zu gering eingestuft wird, wenn man annimmt, die Gesellschaftsgläubiger seien, soweit sie über den „Gesamtgläubigerschaden“ hinausgehende individuelle Schäden erleiden, als Teil der Allgemeinheit durch die Konkursantragspflicht nicht geschützt. Den Neugläubigern ist deshalb gegen die Geschäftsführer bei schuldhaftem Verstoß gegen die Konkursantragspflicht ein Anspruch auf Ausgleich des Schadens zuzubilligen, der ihnen dadurch entsteht, daß sie in Rechtsbeziehungen zu einer überschuldeten oder zahlungsunfähigen Gesellschaft getreten sind (ebenso für das österreichische Recht OGH, Beschl. v. 10. Dezember 1992, ZIP 1993, 1871, 1874; vgl. auch Karollus, Recht der Wirtschaft <österr.> 1994, 100 f.). Die neueren Vorschriften der §§ 130 a, 177 a HGB für offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, an denen keine unbeschränkt haftende natürliche Person beteiligt ist, stehen einem solchen Verständnis der Konkursantragsvorschriften nicht entgegen; der sich aus § 823 Abs. 2 BGB ergebende Schadensersatzanspruch der Gläubiger besteht neben demjenigen der Gesellschaft, der in § 130 a Abs. 3 HGB geregelt ist (Baumbach/Duden/Hopt aaO § 130 a Anm. 3 C).

d) Die Haftung des Geschäftsführers für die durch die Konkursverschleppung verursachten Gläubigerschäden bedeutet für diesen keine unzumutbare Belastung. Die Haftung setzt Verschulden voraus; fahrlässiges Verhalten genügt (BGHZ 75, 96, 111; Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 52 m.w.N.; a.A. Schulze-Osterloh in:

Baumbach/Hueck aaO § 64 Rdn. 27). Der Geschäftsführer hat die Entscheidung darüber, ob er die Konkursöffnung beantragen muß, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters zu treffen. Als solcher ist er verpflichtet, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend zu beobachten. Bei Anzeichen einer Krise wird er sich durch Aufstellung eines Vermögensstatus einen Überblick über den Vermögensstand verschaffen müssen (Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 52; Scholz/K. Schmidt aaO § 64 Rdn. 28). Stellt sich dabei eine rechnerische Überschuldung heraus, dann muß er prüfen, ob sich für das Unternehmen eine positive Fortbestehensprognose stellt (BGHZ 119, 201, 214; vgl. dazu auch Schüppen, DB 1994, 197, 199). Gibt es begründete Anhaltspunkte, die eine solche Prognose rechtfertigen, so kann das Unternehmen weiterbetrieben werden. Hierbei ist dem Geschäftsführer ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzubilligen; vor allem kommt es nicht auf nachträgliche Erkenntnisse, sondern auf die damalige Sicht eines ordentlichen Geschäftsleiters an. Notfalls muß sich der Geschäftsführer fachkundig beraten lassen (Lutter, DB 1994, 129, 135). Hält er sich an diese Anforderungen, die für den Geschäftsführer einer mit einem beschränkten Haftungsvermögen ausgestatteten Gesellschaft eigentlich selbstverständlich sind, dann ist das Risiko, wegen verspäteter Konkursantragstellung belangt zu werden, nicht unzumutbar groß. Die Gefahr, daß sich ein seriöser Geschäftsleiter durch die drohende Haftung von aussichtsreichen Sanierungsbemühungen abhalten läßt, braucht nicht ernstlich befürchtet zu werden. Für solche Sanierungsversuche gilt, soweit sie vertretbar sind, die Dreiwochenfrist des § 64 Abs. 1 GmbHG (vgl. dazu BGHZ 75, 96, 107 ff.; Scholz/K. Schmidt aaO § 64 Rdn. 15). Die Quote der masselosen GmbH-Konkurse, die bei etwa 75 % liegen soll (K. Schmidt, NJW 1993, 2935), zeigt, daß in vielen Fällen eine frühere Konkursanmeldung geboten wäre und keine voreilige Unternehmensbeendigung bedeuten würde. Den Beweis für das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen der Konkursantragspflicht hat grundsätzlich der Gläubiger zu erbringen. Steht fest, daß die Gesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt rechnerisch überschuldet war, so ist es allerdings Sache des Geschäftsführers, die Umstände darzulegen, die es aus damaliger Sicht rechtfertigten, das Unternehmen trotzdem fortzuführen. Hierzu ist er weit besser in der Lage als ein außenstehender Gläubiger, der in aller Regel von den für die Zukunftsaussichten der Gesellschaft maßgebenden Umständen keine Kenntnis haben wird. Dem Geschäftsführer ist die Darlegung dieser Umstände zumutbar, weil er, wie bereits gesagt, ohnehin zu einer laufenden Prüfung der Unternehmenslage verpflichtet ist. Ob über diese Verteilung der Darlegungslast hinaus der Geschäftsführer hinsichtlich der Fortbestehensprognose auch die Beweislast trägt (so Scholz/K. Schmidt aaO § 63 Rdn. 12 und § 64 Rdn. 38; Hachenburg/Ulmer aaO § 64 Rdn. 19), ist dagegen zweifelhaft; das ist hier indessen nicht zu entscheiden. Mangelndes Verschulden hat freilich der Geschäftsführer zu beweisen (Sen.Urt. v. 1. März 1993 - II ZR 61/93 <81/94> unter II 2 a m.w.N., zur Veröffentlichung bestimmt; vgl. auch § 130 a Abs. 3 Satz 2 HGB).

e) Da es sich bei dem Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 1 GmbHG um einen Schadensersatzanspruch handelt, kann er nach Maßgabe des § 254 BGB durch ein Mitverschulden des Vertragspartners gemindert sein. Eine solche Mitverantwortung des Geschädigten für den bei ihm eingetretenen Schaden wird anzunehmen sein, wenn für ihn bei Abschluß des Vertrages erkennbare Umstände vorlagen, die die hierdurch begründete Forderung gegen die Gesellschaft als gefährdet erscheinen lassen mußten. Der Ansicht, daß als Anzeichen hierfür schon allein die Höhe des Stammkapitals der GmbH ausreichen könnte (vgl. dazu Flume, ZIP 1994, 337, 341), kann jedoch nicht zugestimmt werden. Denn damit würde das Risiko einer materiellen Unterkapitalisierung der Gesellschaft zumindest teilweise dem Gläubiger aufgebürdet. Das wäre im Hinblick auf die deliktische Haftung des Geschäftsführers nicht angemessen. f) Der Anspruch des „Neugläubigers“ entspricht der Höhe nach seinem Vertrauensschaden, soweit dieser durch eine auf den Gläubiger entfallende Konkursquote nicht gedeckt ist. Zur Geltendmachung des Anspruchs ist auch während eines Konkursverfahrens der Gläubiger selbst befugt. Ob dazu daneben auch der Konkursverwalter nach § 64 Abs. 2 GmbHG berechtigt ist (vgl. Wilhelm, ZIP 1993, 1833, 1836, der offenbar eine ausschließliche Einziehungsbefugnis des Konkursverwalters, bezogen auf den Erfüllungsschaden des Gläubigers, annimmt; insoweit ebenso Wellkamp, DB 1994, 869, 873), ist hier nicht zu entscheiden.

Auch zum Aktienrecht gibt es eine Entscheidung zur Konkursverschleppung, das berühmte „Herstatt-Urteil“:

Gericht: BGH 2. Zivilsenat, Datum: 09.07.1979, Az: II ZR 118/77

Fundstelle

NJW 1979, 1823-1828 (LT1-4)

BGHZ 75, 96-116 (LT1-4)

#### *iv. Kreditgefährdung durch unrichtige Tatsachenbehauptungen*

§ 824 BGB gewährt einem Unternehmer Schutz gegen die Verbreitung falscher Tatsachenbehauptungen. Der Schutz ist unterschiedlich ausgestaltet, je nachdem, ob es sich um eine Verbreitung in Kenntnis der Unwahrheit oder in Unkenntnis derselben handelt. § 824 BGB schützt nicht vor der Verbreitung von Meinungsäußerungen und Bewertungen eines Unternehmens oder seiner Leistungen. Deshalb besteht eines der Hauptanwendungsprobleme im Rahmen des § 824 BGB darin, Tatsachenäußerungen von Werturteilsäußerungen zu unterscheiden. Hier können wir ein Bestreben der Rechtsprechung registrieren, mit der Annahme von Tatsachenbehauptungen zurückhaltend zu sein. Das engt den



Anwendungsbereich des § 824 BGB ein. Dahinter steht die Absicht, das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit im gewerblichen Bereich zu festigen.

Auch eindeutige Tatsachenbehauptungen eröffnen nicht in jedem Fall den Schutz des § 824 BGB. Die Rechtsprechung will den Schutz nur dem angedeihen lassen, der in einer verbreiteten Behauptung konkret genannt ist oder dessen Verhältnisse, Betätigung oder gewerbliche Leistungen in enger Beziehung zu der Behauptung stehen. Danach soll es nicht genügen, wenn fehlerhafte Behauptungen über die spezifische Eignung eines Systems (elektronische Orgeln zum Kirchengebrauch) aufgestellt werden. Ein Hersteller eines solchen Systems hat keinen Anspruch aus § 824 BGB (BGH, Urt. v. 2. Juli 1963, VI ZR 251/62, NJW 1963, 1871; JZ 1964, 509).

Andererseits kann auch ein Verleger für eine im Anzeigenteil seiner Zeitung enthaltene unzutreffende Behauptung aus § 824 BGB zur Verantwortung gezogen werden:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 20.06.1972, Az: VI ZR 26/71

Leitsatz

1. Der Verleger einer Zeitung ist nicht nur für den redaktionellen, sondern grundsätzlich auch für den Anzeigenteil zivilrechtlich gegenüber Dritten verantwortlich. Daher hat er durch Anweisungen Vorsorge auch gegen Rechtsgüter Dritter verletzende Veröffentlichungen zu treffen, die im Anzeigenteil erscheinen.
2. Allerdings ist nicht das Maß an Prüfung zu fordern wie bei Verlautbarungen im redaktionellen Teil. Besondere Maßnahmen wie fernmündliche Rückfrage zur Sicherstellung der Urheberschaft können nur gefordert werden, wenn dazu besonderer Anlaß besteht. Ein solcher ist nicht allein deshalb zu bejahen, weil eine Anzeige telefonisch aufgegeben ist.
3. Ein besonderer Anlaß ist bei telefonischer Aufgabe einer Anzeige über eine Geschäftsaufgabe ohne Erfragung und Festlegung des Namens der aufgebenden Person anzunehmen.

Fundstelle

BGHZ 59, 76-82 (LT1)

NJW 1972, 1658 (ST)

Tatbestand

Der beklagte Zeitungsverlag, eine GmbH, gibt die L.-Zeitung in D., eine Tageszeitung, heraus. In der am Sonnabend, dem 21. Dezember 1968 erschienenen

Ausgabe befand sich folgende Anzeige, die bei der Geschäftsstelle fernmündlich aufgegeben worden war:

„Verkaufe wegen Geschäftsaufgabe sämtliche Baumaschinen und Baugeräte Firma Karl S., Sch.“

Der Inhalt der Anzeige war unzutreffend. Die Klägerin, die das Bauunternehmen nach dem Ableben ihres Ehemannes Karl S. zu Anfang 1968 weiterführte, hatte die Anzeige nicht aufgegeben. Der Anrufer ist unbekannt geblieben. In der Ausgabe der L.-Zeitung von Montag, dem 23. Dezember 1968, erschien im Anzeigenteil folgende Mitteilung der Beklagten:

„In eigener Sache

Die in unserer Sonnabend-Ausgabe vom 21. Dezember 1968 erschienene Anzeige über Verkauf von Baumaschinen und Geräten der Firma Karl S., Sch. entspricht nicht den Tatsachen. Der noch unbekannte Auftraggeber hat unsere Anzeigen-Abteilung vorsätzlich getäuscht. Die polizeilichen Ermittlungen sind eingeleitet.“

Im redaktionellen Teil der gleichen Ausgabe fand sich außerdem noch folgende Notiz:

„Mehr als übler Streich

Sch. . War es ein übler Streich oder war es eine gezielte Geschäftsschädigung? Unter dem Namen der Firma Karl S. in Sch. erfolgte die telefonische Aufgabe eines Inserats, das den Verkauf von Baumaschinen und -geräten wegen Geschäftsaufgabe beinhaltete. Der Inhalt dieser Anzeige entbehrt jeder Grundlage. Die Firma Karl S. hat gegen den unbekanntes Auftraggeber Strafanzeige erstattet, Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei haben die Ermittlungen eingeleitet (siehe auch heutige Anzeige).“

Die Klägerin begehrt mit der Klage Schadensersatz. Sie hat vorgetragen: Aufgrund der am 21. Dezember 1968 erschienenen Anzeige hätten sich tagelang Interessenten für die Maschinen und Geräte gemeldet. Außerdem hätten Kunden und Architekten ihre Sorgen wegen der Erledigung der laufenden Aufträge geäußert. Wochenlang sei in Fachkreisen davon die Rede gewesen, daß sie, die Klägerin, in Zahlungsschwierigkeiten geraten sei. Es sei sogar von der bevorstehenden Konkursöffnung gesprochen worden.

Die Klägerin hat von der Beklagten die Zahlung von 549 DM nebst Zinsen als Ersatz ihres Vermögensschadens gefordert.

Die Beklagte hat geltend gemacht, es sei bei Tageszeitungen allgemein und weithin üblich, fernmündlich Anzeigenaufträge entgegenzunehmen; dies entspreche den Anforderungen der Gegenwart. Rückfragen nach der Richtigkeit des Inhalts der Anzeigen seien wegen der großen Zahl der in ihrer Zeitung veröffentlichten

Anzeigen nicht durchführbar; in den Wochenendausgaben würden regelmäßig 900 bis 1.000 Anzeigen veröffentlicht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Die zugelassene Revision der Beklagten blieb ohne Erfolg.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hält den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt aufgrund der §§ 823 Abs 1, 31 BGB (Eingriff in den Gewerbebetrieb der Klägerin) und des § 823 Abs 2 BGB i Verb mit § 6 Satz 1 Landespressgesetz (LPG) NRW. Das haftungsbegründende Verhalten der Beklagten unter Sorgfaltsverstoß erblickt das Berufungsgericht darin, daß sie keine Anweisungen an ihre Angestellten erteilt hat, nach denen die Richtigkeit von Anzeigen, in denen die Aufgabe eines Unternehmens unmittelbar oder mittelbar angezeigt wird, durch - insbesondere telefonische - Rückfrage zu überprüfen ist.

II.

Dem Berufungsgericht ist im Ergebnis zu folgen.

1. Auszugehen ist davon, daß der Verleger nicht nur für den redaktionellen, sondern grundsätzlich auch für den Anzeigenteil der Zeitung zivilrechtlich verantwortlich ist. Der Anzeigenteil einer Zeitung findet dieselbe Verbreitung wie der redaktionelle. Auch er birgt Gefahren für die Persönlichkeit und den wirtschaftlichen Ruf der Betroffenen (vgl dazu den Sachverhalt in: BGH Urteil vom 5. November 1963 - VI ZR 216/62 = LM BGB § 847 Nr 25 = BB 1964, 150). Im Grundsatz sind daher Beeinträchtigungen von geschützten Rechten und Rechtsgütern durch Veröffentlichungen im Anzeigenteil wie solche anzusehen, die im redaktionellen Teil enthalten sind (Helle, Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, 2. Aufl S 175/176; Löffler, Presserecht I 2. Aufl Kap 14 Rz 70, 84, vgl auch Rz 30, 50).

2. Damit erstreckt sich im Grundsatz die zivilrechtliche Haftung der Beklagten aus unerlaubter Handlung auch auf den Anzeigenteil.

Außer den vom Berufungsgericht zugrundegelegten Bestimmungen ist für den geltend gemachten Schadensersatz insbesondere § 824 BGB von Belang, dem zudem jedenfalls gegenüber dem von der Rechtsprechung ausgebildeten Auffangtatbestand des rechtswidrigen Eingriffs in den Gewerbebetrieb (§ 823 Abs 1 BGB) Vorrang zukommt (vgl BGH Urteil vom 21. Juni 1966 - VI ZR 266/64 = LM BGB § 824 Nr 9 = NJW 1966, 2010 - „Teppichkehrmaschine“).

Der Inhalt der Anzeige ging für den Leser nicht nur dahin, daß sämtliche Maschinen des Baugeschäfts der Klägerin zum Verkauf standen - was nicht zutrif -

, sondern auch dahin, daß sie ihr Baugeschäft aufgab. Wenn auch der unmittelbare - scheinbare - Zweck der Anzeige nicht war, die Geschäftsaufgabe bekanntzugeben, sondern die Baumaschinen anzubieten, war im regionalen Einzugsbereich der Zeitung der Beklagten die als Beweggrund des Verkaufs erwähnte Geschäftsaufgabe mindestens ebenso entscheidend und auffallend. Auch diese Tatsache war unstrittig unwahr. Sie war in besonderem Maße geeignet, im Sinne des § 824 BGB den Kredit der Klägerin zu gefährden und sonstige Nachteile für ihren Erwerb herbeizuführen. Diese unwahre Tatsache hat die Beklagte durch die Veröffentlichung verbreitet.

3. Der hier allein in Frage stehende Schadensersatzanspruch setzt voraus, daß die Beklagte als Verbreiter der kredit- und erwerbsgefährdenden Behauptung deren Unrichtigkeit kannte oder - was hier allein in Betracht kommt - kennen mußte (§ 824 Abs 1 BGB). Damit ist - ebenso wie bei den vom Berufungsgericht zugrundegelegten Bestimmungen der unerlaubten Handlungen - Fahrlässigkeit der Beklagten erforderlich.

Wenn auch, wie bereits ausgeführt, Eingriffe gegen geschützte Rechtsgüter im Anzeigenteil im Grundsatz nicht anders zu beurteilen sind, wie wenn sie im redaktionellen Teil stünden, so ist doch nicht die gleiche Prüfung und Abwägung zu fordern wie bei Verlautbarungen im redaktionellen Teil (Helle aaO S 176 N 16; vgl Löffler aaO I Kap 14 Rdz 50). Allerdings war die Beklagte grundsätzlich gehalten, Vorsorge auch gegen im Anzeigenteil veröffentlichte, das Persönlichkeitsrecht oder den wirtschaftlichen Ruf verletzende Äußerungen zu treffen. Die insoweit geforderte Sorgfaltspflicht darf aber nicht überspannt werden. Besonders im Hinblick auf die Eigenheiten beim Anzeigengeschäft können besondere Maßnahmen nicht gefordert werden, wenn kein besonderer Anlaß besteht. So war die Beklagte nicht gehalten, sämtliche bei ihr telefonisch aufgegebenen Anzeigen durch eine (fernmündliche) Rückfrage daraufhin zu überprüfen, ob sie auch vom angegebenen Besteller herrührten und inhaltlich zutrafen.

Ein besonderer Anlaß zur Überprüfung kann aus verschiedenen Umständen folgen. Eine solche Lage ist zu bejahen, wenn sich der Inhalt der Anzeige erkennbar als Verletzung geschützter Rechtsgüter - insbesondere des Persönlichkeitsrechts oder des wirtschaftlichen Rufes eines anderen darstellt oder wenn aus sonstigen Gründen eine Anzeige auffällig erscheint. Besondere Vorsicht mag auch bei den Anzeigen geboten sein, die nicht selten von Dritten ohne Wissen der Betroffenen aus zu mißbilligenden Gründen aufgegeben werden, wie es nach der bisherigen Erfahrung bei bestimmten Familienanzeigen (Verlobungs- und Heiratsanzeigen) der Fall ist. So lag es hier nicht.

Ein besonderer Anlaß ist aber auch dann zu bejahen, wenn eine Anzeige erkennbar einen besonders einschneidenden, für den Betroffenen weitreichenden Umstand kundtut, und außerdem die Möglichkeit, daß sie von einem Dritten, zB einem Konkurrenten, in Schädigungsabsicht aufgegeben ist, nicht von der Hand zu

weisen ist. Die Bejahung einer solchen Pflicht in Ausnahmefällen bei der Anzeigenannahme stimmt mit der für Äußerungen im redaktionellen Teil entwickelten Annahme überein, daß eine Überprüfung um so sorgfältiger gegebenenfalls durch Rückfrage beim Betroffenen - sein muß, je schwerer sich die Mitteilung für den Betroffenen auswirken kann (vgl RGZ 148, 154; BGH Urteil vom 8. Dezember 1964 - VI ZR 201/63 = LM BGB § 823 (Ah) Nr 25 = NJW 1965, 685). In solchem Ausnahmefall gewinnt die Frage, ob die Anzeige von dem Betroffenen herrührt, überwiegende Bedeutung. Erkennbar droht dem Betroffenen großer Schaden, wenn die Anzeige nicht zutrifft. Vorsichtsmaßnahmen sind in solchem Falle dann geboten, wenn die Anzeige telefonisch aufgegeben wird, so daß eine sofortige sichere Feststellung der aufgebenden Person nicht möglich ist, und wenn die Anzeige sogar ohne Erfragung und Festlegung des Namens der aufgebenden Person telefonisch entgegengenommen worden ist.

So lag es hier. Wenn der Inhaber eines Gewerbebetriebes - wie bereits oben dargelegt - in einer Anzeige ua kundtut, er gebe sein Geschäft auf, so wird damit erkennbar in aller Öffentlichkeit eine sehr einschneidende Tatsache verlautbart. Stimmt der Inhalt der Anzeige nicht, weil sie von einem Unbefugten ohne Wissen des Betroffenen aufgegeben worden ist, dann entsteht eine nicht geringe Gefährdung für den Gewerbebetrieb. Es besteht Gefahr, daß Kreditgeber ihre Kredite zurückverlangen und neue Kredite verweigern, und weiterhin, daß Lieferanten und Kunden sich von einer Geschäftsverbindung zu lösen trachten oder solche erst gar nicht zu knüpfen suchen.

Bei einer solchen Gestaltung ist das Publikationsorgan daher gehalten, die authentische Urheberschaft im Rahmen des Zumutbaren festzustellen. Ist die Anzeige fernmündlich aufgegeben worden, dazu wie hier ohne daß der Annehmende auch nur den Namen, geschweige denn die Identität des Unbekannten am Telefon feststellt, ist die Urheberschaft durch - gegebenenfalls telefonische Rückfrage zu überprüfen. Eine solche Rückfrage war der Beklagten nach den hier vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen zumutbar. Ohne Schwierigkeiten hätte sie die Klägerin telefonisch erreichen können und von ihr die Unrichtigkeit der Anzeige erfahren. Damit wurde die Beklagte auch nicht überfordert. Wie der Tatrichter feststellt, werden bei der Beklagten jährlich nur etwa 2 oder 3 Anzeigen aufgegeben, in denen eine Geschäftsaufgabe mitgeteilt wird.

Dieser Pflicht zur Überprüfung der Autorenschaft, zB durch telefonische Rückfrage, brauchte die Beklagte allerdings nicht durch unmittelbare Mitwirkung ihrer Organe nachzukommen. Diese mußten aber durch entsprechende Anweisungen sicherstellen, daß eine Verletzung der Rechte betroffener Dritter, wie hier der Klägerin, durch einen solchen Hergang möglichst verhindert würde. Sie hatten die im Anzeigengeschäft Tätigen insbesondere über die Gefahren solcher Anzeigen zu unterrichten und sie auf die Möglichkeit sowie Notwendigkeit einer - vielleicht telefonischen - Rückfrage beim Betroffenen hinzuweisen (vgl zu derartigen Pflichten des Verlegers hinsichtlich Äußerungen im redaktionellen Teil:

RGZ 148, 154; BGH Urteil vom 19. März 1957 - VI ZR 263/65 = NJW 1957, 1049; Urteil vom 8. Dezember 1964 - VI ZR 201/63 = NJW 1965, 685; Urteil vom 15. Januar 1965 - Ib ZR 44/63 = NJW 1965, 1374). Eine Anweisung solchen Inhalts ist unstreitig nicht erteilt worden. Hätte die Beklagte sie in gehöriger Weise erteilt, so wäre nach der aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Auffassung des Berufungsgerichts die unrichtige Anzeige nicht erschienen. Damit hat die Beklagte für die hierdurch verursachten Vermögensschäden einzustehen (§§ 823, 824, 31 BGB).

*v. Vorsätzlich sittenwidrige Schädigungen*

Die letzte Möglichkeit, die das Deliktsrecht bietet, ist der Vermögensschutz aus § 826 BGB. Er setzt eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung voraus und erweist sich als umso schärferes Schwert, je geringer man die Anforderungen an den Vorsatz und die Sittenwidrigkeit fasst. Hier geht die Rechtsprechung mitunter recht weit. Sie lässt dolus eventualis genügen und orientiert sich für die Sittenwidrigkeit nicht an den Ansprüchen einer hohen Moral, sondern an dem, was ein ordentlicher Mensch im Geschäftsleben tut oder auch nicht tut.

*b. Schädigungen im gewerblichen Verkehr - Fallgruppen*

Um einen Eindruck von den vielfältigen Facetten des Vermögensschutzes im gewerblichen Bereich zu bekommen, werden wir im folgenden Fallgruppen ansprechen und mit Entscheidungsmaterial unterlegen. Einige knappe Lösungshinweise mögen die Richtung andeuten, in die man denken sollte.

*i. Verletzung von Schutzrechten*

Schutzrechte wie das Urheberrecht, Patentrecht, Warenzeichenrecht, Gebrauchsmusterrecht genießen zum einen den Schutz aus den speziellen Gesetzen, die diesen Rechten gewidmet sind. Zum anderen werden sie als sonstige Rechte i.S. des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt. Daneben bedarf es keines Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Das sieht die Rechtsprechung anders, wenn es um die „Verwässerung“ berühmter Markenschutzzeichen geht. Dieser Tatbestand soll namentlich dann erfüllt und in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingegriffen sein, wenn die Waren, die mit einem berühmten Zeichen versehen werden, so weit voneinander entfernt liegen, dass von einer Verwechslungsgefahr keine Rede sein kann. Die folgenden Entscheidungen belegen zum einen die abstrakte Anerkennung des Rechts gegen Verwässerung eines berühmten Zeichens und

zeigen zum anderen, wie schwer es im konkreten Fall ist, diesen Schutz auch tatsächlich zu erlangen.

Gericht: BGH 1. Zivilsenat, Datum: 22.10.1954, Az: I ZR 46/53

Leitsatz

1. Einem Namen, einer Firma oder der besonderen Bezeichnung eines gewerblichen Unternehmens, die mit überragender Kennzeichnungskraft ausgestattet ist und sich kraft langen Gebrauches und umfassender Werbung in stärkstem Maße als Schutz aus BGB § 12 unter dem Gesichtspunkt der „Verwässerungsgefahr“ ausnahmsweise auch dann gewährt werden, wenn trotz Verwechslungsfähigkeit der Bezeichnungen infolge Ungleichartigkeit der Waren geschäftliche Beziehungen zwischen den beiden Benutzern nicht angenommen werden können.

2. Die Berufung auf ein nur formales Zeichenrecht gegenüber einem älteren sachlichen (zB Namensrecht oder Firmenrecht) Recht, in dessen Schutzbereich das jüngere Zeichen fällt, widerspricht den Grundsätzen von Treu und Glauben und ist daher rechtsmißbräuchlich.

Fundstelle

BGHZ 15, 107-113 (LT1-2)

Tatbestand

Die Klägerin betreibt eine Lebensmittelgroßhandlung mit Zweigniederlassungen an mehreren Orten des Industriegebiets. Der Großhandlung sind verschiedene Fabrikationsbetriebe angeschlossen, nämlich eine Nahrungsmittel-, eine Marmeladen-, eine Schokoladen- und Süßwarenfabrik sowie eine Fabrik chemischer Erzeugnisse und kosmetischer Artikel. Auch führt sie eine Weingroßhandlung mit einer Weinkellerei. In der Pfalz betreibt sie eine Konservenfabrik und hat dort im Jahre 1950 auch eine Kolonialwarengroßhandlung eingerichtet. Im Jahre 1935 und auch später sind für sie eine Reihe von Wort- und Bildzeichen in die Zeichenrolle des Reichspatentamts eingetragen worden, die die Silben „Ko“ und „Ma“ sowohl getrennt als auch in einem Wort enthalten. Die Eintragungen sind in den verschiedensten Klassen der amtlichen Warenklasseneinteilung erfolgt; eine Eintragung für Schreib-, Zeichen-, Mal- und Modellierwaren usw (Nr 32) befindet sich nicht unter ihnen.

Die Beklagte betreibt eine Füllhalterfabrik. Sie bringt ihre Erzeugnisse unter der Bezeichnung „Komma-Füllfederhalter“ in den Verkehr. Das Wortzeichen „Komma“ ist für sie seit März 1951 in die Warenzeichenrolle eingetragen.

Die Klägerin hat behauptet, sie benutze seit Anfang der zwanziger Jahre die Firmenkürzung „Koma“ als Kenn- und Schlagwort für ihre Firma. Diese Firmenbezeichnung habe sich infolge umfangreicher Werbung im Verkehr

durchgesetzt, im Siegener und rheinisch-westfälischen Industriegebiet genieße sie sogar eine gesteigerte Verkehrsgeltung. Die Bezeichnung „Komma“, die die Beklagte sowohl firmenmäßig wie auch warenzeichenmäßig verwende, seit mit ihrem Firmenschlagwort „Koma“ verwechslungsfähig. Eine Verwechslungsgefahr bestehe jedenfalls in dem Sinne, daß zwischen ihr und der Beklagten Beziehungen vermutet würden, zumal sie ua Krämerläden in ländlichen Gegenden beliefe, die auch Schreibwaren führten, und bei denen es daher vorkommen könne, daß neben „Koma“-Packungen auch „Komma“-Füllhalter oder -Kugelschreiber angeboten würden. Auch sei zu befürchten, daß die Bezeichnung „Koma“ durch das Verhalten der Beklagten verwässert werde. Die Beklagte ziehe aus der überragenden Verkehrsgeltung der Bezeichnung „Koma“ für sich Vorteile, ohne hierzu berechtigt zu sein. Sie sei daher nach § 12 BGB, § 16 UnlWG, § 24 WZG, § 1 UnlWG, § 826 BGB verpflichtet, die weitere Verwendung ihrer Bezeichnung zu unterlassen.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zur Unterlassung der Verwendung des Kenn- und Schlagworts „Komma“ zwecks Kennzeichnung ihres Betriebes und der von ihr vertriebenen Waren zu verurteilen; hilfsweise hat sie den Unterlassungsanspruch auf im einzelnen von ihr bezeichnete Kundenbezirke beschränkt.

Die Beklagte hat geltend gemacht, die Bezeichnung der Klägerin sei jedenfalls außerhalb ihrer engeren Lieferungsgebiete völlig unbekannt. Es müsse bezweifelt werden, daß sie sich als Firmenname oder als besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts im Sinne des § 16 UnlWG überhaupt im Verkehr durchgesetzt habe. Zudem bestehe zwischen „Koma“ und „Komma“ weder im engeren noch im weiteren Sinne eine Verwechslungsgefahr. Die Sinnbedeutung beider Worte sei verschieden. Bei der Unterschiedlichkeit der unter der Bezeichnung vertriebenen Waren sei es auch ausgeschlossen, daß persönliche oder geschäftliche Beziehungen zwischen den beiden Unternehmungen vermutet würden. Es sei ferner zu berücksichtigen, daß Abkürzungen, wie die Klägerin sie verwende, im Lebensmittelhandel vielfach üblich seien.

Die Klage blieb in allen Instanzen erfolglos.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß der Klägerin für ihre schlagwortartige Bezeichnung „Koma“ der Schutz nach § 12 BGB, § 16 UnlWG zusteht. Auch abgekürzte Bezeichnungen oder Firmenschlagworte, gleichgültig, ob sie Phantasieworte, Worte der Umgangssprache oder nur Buchstaben darstellen, können als Hinweis und Kennzeichnung eines bestimmten Unternehmens verwendet werden (BGHZ 4, 167 (169); 11, 214 (215)). Der Umstand, daß das aus den Anfangsbuchstaben der Namen „Koch“ und „Mann“ gebildete Wort „Koma“ auch als Warenzeichen eingetragen ist, steht einem solchen Namensschutz des Unternehmens nicht entgegen (RG MuW XXIV, 156). Voraussetzung des Schutzes



nach den genannten Vorschriften ist allein, daß die Klägerin ihre schlagwortartige Bezeichnung im Verkehr als Abkürzung ihres Namens verwendet hat und die beteiligten Verkehrskreise sich daran gewöhnt haben, in ihr den Namen der Klägerin zu erblicken (RGZ 109, 213 (214)). Die Firmenabkürzung muß, da sie nicht gleichzeitig einen Bestandteil des unverkürzten Firmennamens bildet (vgl. BGHZ 11, 214 (216)), demnach Verkehrsgeltung in dem Sinne erworben haben, daß jedenfalls ein nicht unbeträchtlicher Teil des Verkehrs sie als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen ansieht.

Diese Voraussetzungen eines Schutzes für das Schlagwort „Koma“ sind vom Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei bejaht worden (wird ausgeführt).

Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß für den Schutz aus § 12 BGB, § 16 UnlWG ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Benutzern der gleichen oder verwechslungsfähigen Bezeichnungen nicht notwendig ist und die von ihnen vertriebenen oder hergestellten Waren nicht im Sinne des Warenzeichengesetzes gleich oder gleichartig zu sein brauchen. Erforderlich bleibt aber auch insoweit, daß der prioritätsältere Benutzer ein schutzwürdiges Interesse an der Unterlassung der Benutzung durch den jüngeren Benutzer besitzt. Ein solches Interesse wird, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, in der Regel dann gegeben sein, wenn auf Grund der gleichen oder miteinander verwechslungsfähigen Bezeichnungen innerhalb nicht ganz unbeachtlicher Verkehrskreise geschäftliche Beziehungen zwischen den beiden Benutzern angenommen werden könnten (RGZ 117, 215 (220); RG GRUR 1937, 148 (150); RG GRUR 1951, 332 (333)). Dabei wird im allgemeinen eine solche „Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne“ um so geringer sein, je ungleichartiger die zum Vergleich stehenden Waren sind.

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, so kann sich auch der Inhaber eines eingetragenen jüngeren Warenzeichens nicht darauf berufen, er sei mit Rücksicht auf die Eintragung berechtigt, das geschützte Wortzeichen jedenfalls warenzeichenmäßig zu verwenden. Die Berufung auf das nur formale Zeichenrecht gegenüber einem älteren sachlichen Recht würde den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen und daher rechtsmißbräuchlich sein (Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 6. Aufl. Übersicht § 16 UnlWG Anm 3 C; Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 3. Aufl. Kap 52 Anm 5).

Das Berufungsgericht hat eine Verwechslungsgefahr in dem gekennzeichneten weiteren Sinne jedoch für den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt verneint. Es hat den Standpunkt vertreten, daß mit Rücksicht auf die völlige Verschiedenheit der von den Parteien hergestellten und vertriebenen Waren eine Verwechslungsgefahr in einem rechtlich beachtlichen Ausmaße nicht gegeben sei. Zwar seien, so erklärt das Berufungsgericht, die Bezeichnungen „Koma“ und „Komma“ an und für sich miteinander verwechslungsfähig, da sie sich trotz unterschiedlicher Sinnbedeutung jedenfalls klanglich und bildlich überaus naheständen. Da es sich bei der Klägerin aber um ein Unternehmen der Lebensmittelbranche handele, die Beklagte dagegen ausschließlich Füllhalter und

Kugelschreiber herstelle, sei nicht zu befürchten, daß der Verkehr Beziehungen zwischen den Benutzern der Bezeichnungen vermute, selbst wenn die Unterschiede der Bezeichnungen übersehen würden.

Die gegen diesen Standpunkt des Berufungsgerichts gerichteten Angriffe der Revision sind nicht begründet (wird ausgeführt).

II. An dem Ergebnis, daß eine Verwechslungsgefahr nicht besteht, wird auch durch den Vortrag der Klägerin nichts geändert, sie genieße für ihren Namen eine besonders starke Verkehrsgeltung. Allerdings wird bei einem Namen von überragender Bedeutung eine Verwechslungsgefahr häufig auch noch dann bejaht werden können, wenn in anderen Fällen mit Rücksicht auf die Verschiedenartigkeit der Waren die Möglichkeit einer Verwechslung auch im weiteren Sinne geleugnet werden müßte. Denn je stärker sich eine Kennzeichnung im Verkehr durchgesetzt hat, desto leichter wird bei den beteiligten Verkehrskreisen der Anschein erweckt werden, der Geschäftsbetrieb, aus dem die widerrechtlich bezeichnete Ware stammt, stehe zu dem des Verletzten in irgendwie gearteten Beziehungen. Können jedoch solche Beziehungen mit Rücksicht auf die völlige Verschiedenheit der Waren von den in Betracht kommenden Verkehrskreisen bei verständiger Betrachtungsweise unter keinen Umständen vermutet werden, so wäre es auch nicht gerechtfertigt, selbst bei Firmenbezeichnungen von überragender Bedeutung noch von der Gefahr einer „Verwechslung“ zu sprechen. Dies würde in der Tat mit der Lebenswirklichkeit kaum noch in Übereinstimmung zu bringen sein (Friedrich JR 1951, 314 (315)).

Ein Schutz könnte bei einer sehr starken Verkehrsgeltung nur unter dem Gesichtspunkt gewährt werden, daß die Eigenart und der kennzeichnende Charakter der Bezeichnung geschwächt und damit eine Verwässerungsgefahr herbeigeführt werde. Der Inhaber einer Bezeichnung von der unterstellten Bedeutung hat ein berechtigtes Interesse daran, daß ihm eine unter großem Aufwand von Zeit und Geld erworbene Alleinstellung erhalten bleibt und alles vermieden wird, was diese Stellung beeinträchtigen könnte (vgl. RG GRUR 1951, 332 (333)). Würde eine weithin bekannte Bezeichnung auf den verschiedensten Gebieten als Firmen- oder Warenname auftreten, so würde dies ihre Werbekraft allmählich beeinträchtigen und so ihre „Verwässerung“ zur Folge haben können. Es wird jedoch jeweils einer besonders gewissenhaften Prüfung bedürfen, ob ein solcher Ausnahmetatbestand wirklich gegeben ist, damit nicht dem Namensinhaber trotz Fehlens eines Wettbewerbsverhältnisses und angesichts einer völligen Verschiedenheit der Waren eine unbillige Vorzugsstellung eingeräumt wird (vgl. Ernst Reimer in GRUR 1951, 222ff; Heydt in GRUR 1952, 321; Friedrich in Markenartikel 1953, 316ff). Die Verletzung eines berechtigten Interesses im Sinne des § 12 BGB wird daher nur dann bejaht werden dürfen, wenn der gute Ruf einer Bezeichnung in Frage steht, die mit überragender Kennzeichnungskraft ausgestattet ist und sich kraft langen Gebrauchs und umfassender Werbung in stärkstem Maße als Kennzeichen für das Unternehmen durchgesetzt hat.

Die Voraussetzungen eines solchen Sachverhalts liegen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Streitfalle jedoch nicht vor. Das Berufungsgericht räumt zwar ein, daß die Klägerin - in den oben angegebenen örtlichen Bezirken - im Lebensmittelsektor sehr gut eingeführt und bei dem kaufenden Publikum weithin bekannt sei, stellt aber fest, daß damit ihre Bedeutung im wesentlichen erschöpft sei. Das Wort „Koma“ stelle, so führt das Berufungsgericht aus, keineswegs eine Bezeichnung dar, die, wie etwa Weltmarken oder Marken mit zwar nur inländischer, aber ebenso intensiver Verkehrsgeltung der Allgemeinheit in besonderem Maße nahegekommen sei. Ihre Geltung beschränke sich vielmehr auf einen bestimmten, wenn auch umfangreichen Interessenkreis. Einen Vergleich mit den Werbeanstrengungen, die für Bezeichnungen überragender Bedeutung veranstaltet würden und auch notwendig seien, um ihnen diese Bedeutung zu verschaffen und zu erhalten, halte sie aber nach ihrer Wesensart nicht aus. Diese Feststellungen des Berufungsgerichts beruhen auf einer tatsächlichen Würdigung des Sachverhalts und sind der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen. Es ist von der Revision nicht dargetan und auch nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht etwa insoweit wesentliche Gesichtspunkte übersehen hat. Insbesondere trifft es nicht zu, daß das Berufungsgericht, wie die Revision meint, die „gesteigerte“ Verkehrsgeltung der Bezeichnung „Koma“ im nordrheinwestfälischen Gebiet nicht ausreichend gewürdigt habe.

Die Ausnutzung der Werbekraft eines allgemein bekannten Zeichens, durch die dessen Werbekraft beeinträchtigt wird, könnte auch ein Umstand sein, der die Annahme einer sittenwidrigen Handlungsweise zu begründen geeignet wäre (BGH GRUR 1953, 40 (41)). Die erforderliche Kennzeichnungskraft besitzt aber, wie ausgeführt, die Bezeichnung der Klägerin tatsächlich nicht. Es ist daher nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht auch die Voraussetzungen für einen etwaigen Anspruch aus §§ 1 UnlWG, 826 BGB verneint hat.

*(1) „Quick“ und „Glück“ im Medienkampf:*

Gericht: BGH 1. Zivilsenat, Datum: 11.11.1958, Az: I ZR 152/57

Fundstelle

BGHZ 28, 320 (LT1-2)

*(2) Salomonisches zu Sportartikeln und Tabakwaren:*

Gericht: BGH 1. Zivilsenat, Datum: 29.11.1990, Az: I ZR 13/89

Fundstelle

BGHZ 113, 82-89 (LT)

*ii. Schutzrechtsverwarnungen*

Unberechtigte Schutzrechtsverwarnungen standen an der Wiege des Rechts auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. In der Tat ist der Bestand eines Unternehmens gefährdet, wenn seine Produktion eingestellt werden muss, weil ihr das Schutzrecht eines anderen Unternehmens entgegensteht. Vor bewusst unrichtigen Schutzrechtsverwarnungen schützen den Betroffenen §§ 826 BGB, 3 UWG, für unbewusst unrichtige Schutzrechtsverwarnungen halten weder BGB noch UWG eine Lösung bereit. Hier hilft allein das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. An ihm hält die Rechtsprechung für unberechtigte Schutzrechtsverwarnungen nach wie vor fest:

Gericht: BGH 10. Zivilsenat, Datum: 11.12.1973, Az: X ZR 14/70

Leitsatz

1. An der ständigen Rechtsprechung, wonach eine unberechtigte Schutzrechtsverwarnung einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellt, wird festgehalten.

2. Der Verwarner handelt nicht schuldhaft, wenn er sich durch eine gewissenhafte Prüfung und auf Grund vernünftiger und billiger Überlegungen die Überzeugung verschafft hat, sein Schutzrecht werde rechtsbeständig sein („Maschenfester Strumpf“).

Fundstelle

BGHZ 62, 29-42 (LT1)

NJW 1974, 315 (ST)

Tatbestand

Die Parteien sind Großhersteller von Strümpfen.

Die Beklagte war Inhaberin ausschließlicher Lizenzen an zwei Gebrauchsmustern, die nahtlose maschenfeste Strümpfe betrafen.

Im April 1962 kam die Klägerin mit dem maschenfesten Strumpf „A ...“, dessen Maschenbild dem des einen Gebrauchsmusters entsprach, auf den Markt.

Durch Schreiben vom 9. August 1962 verwarnte die Beklagte die Klägerin unter Hinweis auf die beiden Gebrauchsmuster und forderte sie auf, ab sofort zu unterlassen, rundgestrickte Damenstrümpfe herzustellen, anzubieten und/oder zu vertreiben, die eine oder beide der in der Anlage beigefügten Merkmalgruppen aufweisen.

Entsprechende Verwarnungsschreiben richtete die Beklagte auch an Abnehmer der Klägerin, insbesondere Kaufhauskonzerne.

Die Klägerin entschloß sich auf Grund des Rates ihrer Patentanwälte, die Produktion ihres maschenfesten Strumpfes sofort einzustellen.

Ende 1962 wurde das eine, Ende 1963 das andere Gebrauchsmuster gelöscht.

Am 30. März 1963 teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß sie bezüglich beider Schutzrechte die Verwarnung für die Zeit nach dem 31. März 1963 nicht mehr aufrechterhalte.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Ersatz des Schadens in Anspruch, der ihr nach ihrer Behauptung durch die Einstellung der Produktion ihres A. ... -Strumpfes entstanden ist.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von ... DM verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Es hat die Verwarnung als widerrechtlich und das Verhalten der Beklagten als schuldhaft angesehen, der Klägerin aber ein Mitverschulden zugerechnet und aus diesem Grund den von ihr geltend gemachten Schadensbetrag um 1/3 gemindert.

Auf die Berufung der Klägerin und die Anschlußberufung der Beklagte hat das Oberlandesgericht den Anspruch der Klägerin dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Die Revision der Beklagten führte zur Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

I. 1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die unberechtigte Schutzrechtsverwarnung einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Verwarnten darstelle. Es beruft sich hierzu vor allem auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 5. November 1962 (BGHZ 38, 200 = GRUR 1963, 255 - Kindernähmaschinen), mit dem der I. Zivilsenat an dieser Rechtsprechung festgehalten hat.

2. Die Revision bittet um Nachprüfung, ob die bisherige Rechtsprechung mit dem allgemeinen Grundsatz vereinbar werden kann, wonach sonst bei der Beurteilung unerlaubter Handlungen allein die Rechtslage maßgebend ist, die im Zeitpunkt der Vornahme der Handlung bestand, und ob bei der Wertung der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung als eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb hinreichend berücksichtigt worden ist, daß der Verwarnte durch die Verwarnung keinem Rechtszwang ausgesetzt wird, sondern freie Beurteilungs- und Entschließungsmöglichkeiten hat. Zur Unterstützung ihrer Bedenken weist die Revision auf mehrere Veröffentlichungen hin, in denen die bisherige Rechtsprechung einer kritischen Betrachtung unterzogen worden ist.

3. Es trifft zu, daß die von der Rechtsprechung entwickelten und von der Rechtslehre durchweg übernommenen Grundsätze für die Beurteilung von Schutzrechtsverwarnungen, die sich infolge nachträglicher Löschung oder Nichtigerklärung der ihnen zugrunde liegenden Rechte als nicht begründet erweisen, in der jüngeren Literatur kritisiert worden sind. So hat bereits Moser von Filseck in seiner Anmerkung zu der oben zitierten „Kindernähmaschinen“-Entscheidung (GRUR 1963, 260) Zweifel daran geäußert, ob es richtig ist, die Geltendmachung von Ansprüchen aus Schutzrechten immer schon dann als rechtswidrig anzusehen, wenn diese Rechte nachträglich rückwirkend entfallen. Kuntze (WRP 1965, 7), Rogge (WRP 1965, 40) und Horn (GRUR 1971, 442 und Dissertation 1971 „Die unberechtigte Verwarnung aus gewerblichen Schutzrechten“) haben sich dieser Kritik angeschlossen und ihrer Argumenten neue hinzugefügt. Ohl (GRUR 1966, 172) hat die bisherige Rechtsprechung gegen solche Angriffe verteidigt.

Gegenstand der gegen diese Rechtsprechung erhobenen Bedenken ist vor allem die Frage, ob die Subsumtion unberechtigter Schutzrechtsverwarnungen unter den Tatbestand des § 823 Abs 1 BGB einer rechtlichen Nachprüfung standhält und ob für die Beurteilung solcher Verwarnungen nicht mit den Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb oder - wo ein Wettbewerbsverhältnis nicht besteht - des § 826 BGB auszukommen sei mit der Folge, daß den Verwarner, dessen Schutzrecht rückwirkend entfällt, eine Schadensersatzpflicht nur im Falle sittenwidrigen Handelns oder vorsätzlicher Schadenszufügung trifft.

Man mag darüber streiten können, ob die unberechtigte Schutzrechtsverwarnung dem ursprünglichen Vorstellungsgehalt des gesetzlichen Tatbestandes des § 823 Abs 1 BGB genau entspricht; bei streng dogmatischer Betrachtungsweise mag insbesondere im Hinblick darauf, daß der Verwarner die Produktionseinstellung nur durch Einwirkung auf die Willensbildung des Verwarnten herbeiführt, in Frage gestellt werden können, ob sein Handeln als eine unmittelbare und widerrechtliche Verletzung des Unternehmensrechtes zu werten ist. Die Fortentwicklung des Rechts verlangt aber nicht selten, daß außergewöhnliche Tatbestände, wie sie sich aus den Besonderheiten der Verleihung von Ausschließungsrechten ergeben, deren Rechtsbestand auf Grund späterer Erkenntnisse mit rückwirkender Kraft entfallen kann, mangels einer hierauf abgestellten Spezialregelung im Wege der Lückenausfüllung einer Vorschrift zugeordnet werden, deren Anwendung zu einem als sinnvoll und billig erkannten Ergebnis führt, mag sie auch ihrem Wortlaut nach nicht von vornherein auf Fälle dieser Art zugeschnitten erscheinen. Eine solche Rechtsfortentwicklung bedeutete es, als das Reichsgericht erstmalig im Jahre 1904 (RGZ 58, 24 Juteartikel) von da ab in ständiger Rechtsprechung Fälle, in denen eine auf ein eingetragenes Schutzrecht gestützte Verwarnung den Inhaber eines Gewerbebetriebes zur Einstellung seiner Produktion veranlaßt hatte, dem Unternehmer unter Heranziehung des § 823 Abs 1 BGB den Anspruch auf Ersatz des ihm daraus erwachsenen Schadens gegen den Verwarnenden zusprach, dessen Schutzrecht sich als nicht rechtsbeständig und deshalb als von Anfang an

nichtig erwiesen hatte. Die spätere Rechtsprechung ist dem im Grundsatz und im Ergebnis über viele Jahrzehnte hin bis in die Gegenwart nahezu einhellig gefolgt. Sie hat es als ein Gebot der Gerechtigkeit angesehen, daß derjenige, der durch die Ausübung eines in Wirklichkeit sachlich nicht gerechtfertigten Monopolrechtes eine Vermögensschädigung des Verwarnten verursacht, für diesen Schaden jedenfalls dann einzustehen hat, wenn er bei gehöriger Prüfung hätte erkennen können, daß seine vermeintliche Monopolstellung rechtlich keinen Bestand haben werde. Von diesem Grundsatz abzuweichen, geben die gegen diese Rechtsprechung im Schrifttum erhobenen Einwendungen keinen Anlaß. Solange die von ihr aufgezeigte Gesetzeslücke nicht durch eine Regelung geschlossen ist, die alle denkbaren Fälle ungerechtfertigter und schuldhafter Schutzrechtsverwarnungen erfaßt - wozu die derzeitigen Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ebensowenig ausreichen wie die des § 826 BGB -, kann auf die weitere Anwendung der Grundsätze dieser Rechtsprechung nicht verzichtet werden. Es wäre untragbar, wenn der Schutzrechtsinhaber Dritte in ihrer Gewerbeausübung durch objektiv ungerechtfertigte Unterlassungsforderungen behindern könnte, ohne selbst bei grob fahrlässiger Fehlbeurteilung der Rechtsbeständigkeit seines Schutzrechts den von ihm verursachten Schaden ersetzen zu müssen. Soweit das angefochtene Urteil diesen Grundsätzen, die zu einer ausgewogenen Risikoverteilung führen, folgt, sind seine Ausführungen nicht zu beanstanden.

II. 1. Zur Frage des Verschuldens der Beklagten hat das Berufungsgericht ebenfalls auf die Ausführungen des „Kindernähmaschinen“-Urteils verwiesen und dann weiter ausgeführt: Da es für den Bestand des Schutzrechts nicht auf die Auffassung des Verwarners, sondern derjenigen Instanzen ankomme, die über die Nichtigkeits- oder Löschungsklage zu entscheiden hätten, werde der Verwarner nicht so sehr darauf abstellen dürfen, was er selbst von der Schutzfähigkeit der betreffenden Rechte hält, sondern vielmehr darauf, wie diese von den betreffenden Instanzen voraussichtlich beurteilt werden. Bei einer zweifelhaften Rechtslage müsse er auch damit rechnen, daß sich diese Instanzen möglicherweise seinem wohlbegründeten Standpunkt verschließen und sich der Auffassung des Gegners anschließen könnten. Im vorliegenden Fall sei danach zu prüfen gewesen, ob die Beklagte damit habe rechnen müssen, daß die beiden Gebrauchsmuster, auf die sie die Verwarnung gestützt habe, auf Grund der Löschungsklagen der Firma X. gelöscht werden würden. Dabei komme es nicht darauf an, ob die Lösungsentscheidungen des Patentamts und des Bundespatentgerichts materiell richtig seien. Entscheidend sei vielmehr, ob die Beklagte mit einem solchen Ausgang beider Verfahren habe rechnen müssen. Das sei der Fall, da sie ohne weiteres habe erkennen können, daß die Maschenbilder der Figuren 1 der beiden Gebrauchsmuster mit dem Maschenbild der Figur 35 der ihr bekannten US-Patentschrift Nr ... weitgehend übereinstimmten. Da vor der von ihr ausgesprochenen Verwarnung eine Prüfung der Gebrauchsmuster in einem Lösungs- oder parallelen Patenterteilungsverfahren nicht stattgefunden habe, sei sie zur erhöhten Sorgfalt verpflichtet gewesen. Nach allem habe die Beklagte, als

sie die Klägerin verwarnte, schuldhaft, und zwar mindestens leicht fahrlässig gehandelt.

2. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision nicht stand.

a) Diese rügt mit Recht, das Berufungsgericht habe hinsichtlich der allgemeinen Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Schutzrechtsinhabers einen zu scharfen Maßstab angelegt, wenn es verlange, daß dieser sich, bevor er eine Verwarnung ausspreche, nicht nur durch sorgfältige Prüfung eine eigene Überzeugung von der Bestandsfähigkeit seines Schutzrechts verschaffen, sondern darüber hinaus in Rechnung stellen müsse, daß die zur Entscheidung berufenen Instanzen sich „seinem wohlbegründeten Standpunkt verschließen und sich der Auffassung des Gegners anschließen könnten“.

Eine solche Forderung würde im Ergebnis darauf hinauslaufen, daß der Schutzrechtsinhaber auch dann von der Verwarnung eines vermeintlichen Verletzers absehen müßte, wenn er sein Schutzrecht nach gehöriger Prüfung objektiv zutreffend als materiell rechtsbeständig ansieht, eine falsche Entscheidung hierüber aber nicht für ausgeschlossen hält. Das geht in der Tat zu weit und bedeutet eine erhebliche Überspannung der billigerweise zu fordernden Sorgfaltspflicht. Es würde zu einer bedenklichen Entwertung der Schutzrechte führen, weil deren Ausübung durch Verwarnung oder Klageerhebung dann mit einem für den Schutzrechtsinhaber untragbaren Risiko belastet würde. Dabei ist zu berücksichtigen, daß dieses Risiko höher einzuschätzen ist als das des Verletzers, dessen Schadensersatzpflicht sich in vorausberechenbaren Grenzen, im allgemeinen nämlich im Rahmen einer Lizenz allenfalls des aus der Verletzungshandlung gezogenen Gewinnes hält, während die Schadensfolgen der auf eine Verwarnung oder Klageerhebung hin erfolgenden Produktionseinstellung für den Verwarner unübersehbar sein und unabhängig davon eintreten können, ob die Ausschaltung des Konkurrenzproduktes dem Schutzrechtsinhaber einen Vorteil eingetragen hat oder nicht. Untragbar wäre ein solches Risiko jedenfalls dann, wenn es dem Schutzrechtsinhaber, der gegen den Verletzer erst nach sorgfältiger Prüfung der Schutzrechtslage vorgegangen ist, als Verschulden angerechnet werden könnte, daß er eine spätere, von dem durchaus vertretbaren Ergebnis seiner Prüfung abweichende Entscheidung nicht vorausgesehen oder nicht in Rechnung gestellt hat. Diese Erwägungen dürfen auch bei Verwarnungen aus ungeprüften oder vorläufigen Schutzrechten, die an sich einer strengeren Prüfungspflicht unterliegen, nicht außer acht gelassen werden, weil das Gesetz auch sie mit den vollen Schutzrechtswirkungen ausgestattet hat, eine Überspannung der an ihre Ausübung geknüpften Sorgfaltspflicht sie aber weitgehend wertlos machen und damit der Absicht des Gesetzgebers, erfinderische Leistungen, durch Verleihung solcher Rechte zu fördern, entgegenwirken würde.

b) Die Frage, welche Überlegungen ein Schutzrechtsinhaber anstellen und welche Maßnahmen er treffen muß, um sich im Falle der Verwarnung oder Erhebung einer



Verletzungsklage nicht dem Vorwurf schuldhaften Handelns auszusetzen, ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts allgemein dahin beantwortet worden, daß den Verwarner kein Verschulden treffe, wenn er sich seine Überzeugung ... „durch gewissenhafte Prüfung gebildet ...“ (RGZ 94, 271, 276 - Sprechmaschine) oder wenn er sich bei seinem Vorgehen von „vernünftigen und billigen Überlegungen“ habe leiten lassen (RG GRUR 1931, 640, 641).

An diesen Grundsätzen ist festzuhalten. Wenn im „Kindernähmaschinen“-Urteil in bezug auf die zuletzt zitierte Formulierung des Reichsgerichts gesagt worden ist, sie sei für die Abgrenzung der Schuldfrage „zu unscharf“, so kommt darin nur zum Ausdruck, daß mit ihr allein im Hinblick auf die zuvor dargelegten besonderen Umstände des Falles, der zur Entscheidung stand, nicht auszukommen sei, sondern daß sie der Interpretierung bedürfe; diese schließt sich denn auch sogleich in der Feststellung des folgenden Satzes an, daß eine „billige“ Überlegung jedenfalls das Erfordernis einschließe, daß der Verwarner den ihm bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt zugänglichen Stand der Technik vollständig berücksichtigt, was der Kläger im damaligen Fall nicht getan habe.

c) Die Rechtsprechung hat sich bemüht, im Rahmen der oben angeführten Grundsätze bestimmte Kriterien für die Beurteilung der Verschuldensfrage herauszuarbeiten, von denen dem „Kindernähmaschinen“-Urteil die folgenden zu entnehmen sind:

aa) Für die Annahme eines Verschuldens genügt nicht die - in Streitigkeiten des gewerblichen Rechtsschutzes stets gegebene - Möglichkeit, daß das Schutzrecht keinen Bestand haben könnte. Die möglichen Zweifel an der Rechtslage müssen vielmehr einen konkreten Beziehungspunkt haben, der vom Verwarner hätte beachtet werden können.

bb) Bei Gebrauchsmusterverwarnungen muß von dem Verwarner ein höheres Maß an Nachprüfung verlangt werden als bei einem Vorgehen aus geprüften Schutzrechten.

cc) Um einen Schuldvorwurf zu begründen genügt es, wenn der Verwarner in vorwerfbarer Weise den Stand der Technik nur unvollständig berücksichtigt oder falsch gewürdigt, oder wenn er vorwerfbar die Erfordernisse des Fortschritts oder der Erfindungshöhe falsch eingeschätzt oder die Verletzungsform zu Unrecht als unter sein Recht fallend eingeordnet hat. Dabei ist allerdings eine irrige Wertung, die sich allein auf die Frage der Erfindungshöhe beschränkt, weniger streng zu würdigen.

dd) Es widerspricht nicht dem im bürgerlichen Recht geltenden objektiven Sorgfaltsbegriff, wenn bestimmte, eine gesteigerte Sachkenntnis bedingende Umstände, wie sie sich etwa aus den langjährigen Erfahrungen eines bedeutenden Unternehmens ergeben können, bei der Bemessung der Sorgfaltspflicht berücksichtigt werden.

Der Senat sieht in keinem dieser Kriterien ein Abweichen von dem oben wiedergegebenen Grundsatz des Reichsgerichts, wonach dem Vorgehen des Verwarners eine „gewissenhafte Prüfung“ und „vernünftige und billige Überlegungen“ vorausgehen müssen, um seine Haftung auszuschließen. Hinweise dieser Art können allerdings die Entscheidung über die Verschuldensfrage im Einzelfalle zwar erleichtern, aber nicht ersetzen. So wird auch in der zitierten Entscheidung im Zusammenhang mit den dort aufgeführten Forderungen, die in bezug auf die Berücksichtigung und Wertung des Standes der Technik zu stellen seien, ausdrücklich darauf abgestellt, ob hierbei zutage getretene Unvollständigkeiten oder Fehleinschätzungen „in vorwerfbarer Weise“ zustande gekommen sind oder nicht. Darin kommt zum Ausdruck, daß die Frage, ob der Verwarner bei der Prüfung der Rechtsbeständigkeit seines Schutzrechts gewissenhaft vorgegangen ist und die ihm billigerweise zuzumutende Sorgfalt hat walten lassen, nicht - auch nicht anhand der aufgezeigten Kriterien generell, sondern stets nur unter Berücksichtigung der besonderen Gestaltung des Einzelfalles beantwortet werden kann.

3. Da - wie oben zu 2 a) dargelegt - das Berufungsgericht seinen Feststellungen zur Frage des Verschuldens der Beklagten einen unrichtigen Beurteilungsmaßstab zugrundegelegt hat, beruht die angefochtene Entscheidung auf einem Rechtsfehler. Der Senat ist auf Grund der vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen und des unstreitigen Sachverhalts selbst in der Lage, die Verschuldensfrage abschließend zu beurteilen (§ 565 Abs 3 Nr 1 ZPO).

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts rechtfertigen die besonderen Umstände des vorliegenden Falles es auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die Verwarnung auf ungeprüfte Schutzrechte gestützt und deshalb ein hohes Maß an Sorgfalt zu fordern ist, nicht, gegen die Beklagte den Vorwurf fahrlässigen Handelns zu erheben.

a) Auszugehen ist von der Tatsache, daß es sich bei beiden Parteien um bedeutende Unternehmen auf dem Gebiet der Strumpfherstellung handelt, und daß daher alle Erwägungen, die für die Verschuldensfrage aus einem etwaigen wirtschaftlichen Übergewicht oder größeren technischen oder patentrechtlichen Erfahrungen der einen oder der anderen Seite hergeleitet werden könnten, entfallen. - Ferner ist zu berücksichtigen, daß - anders als in der Mehrzahl vergleichbarer Fälle - die Klägerin von dem Vorgehen der Beklagten nicht überrascht worden ist. ...

b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte, bevor sie die Klägerin verwarnte, zweimal unter Beteiligung fach- und rechtskundiger Berater eingehende Untersuchungen über die Schutzfähigkeit der beiden Gebrauchsmuster vorgenommen. ...

c) Angesichts dieser aus doppeltem Anlaß durchgeführten eingehenden Prüfungen ist der Revision zuzugeben, daß die Beklagte alles ihr billigerweise Zumutbare getan hat, um zu einer objektiv richtigen Beurteilung der Schutzrechtslage zu

gelangen. Bei dieser Wertung hat der Senat insbesondere auch die Tatsache berücksichtigt, daß die Beklagte sich nicht auf ihr eigenes Urteil verlassen, sondern den Rat erfahrener Rechts- und Patentanwälte eingeholt hat. Soweit die Rechtsprechung gelegentlich die Meinung vertreten hat, auf den Rat ihres eigenen Patentanwalts dürfe sich die Schutzrechtsinhaberin nicht verlassen, sondern müsse in zweifelhaften Fällen das Gutachten eines erfahrenen neutralen Spezialisten einholen (so ua das dem „Kindernähmaschinen“ - Urteil zugrunde liegende Berufungsurteil, dem die Revisionsinstanz insoweit ohne eigene Begründung gefolgt ist (aaO S 259 r Sp; vgl hierzu auch Moser v Filseck aaO S 262 li Sp)), vermag der Senat dem jedenfalls dann nicht beizutreten, wenn das Schutzrecht ein Gebiet betrifft, das - wie das hier der Fall ist - in technischer Hinsicht überschaubar ist und von einem Patentanwalt oder einem patentrechtlich erfahrenen Rechtsanwalt erfaßt und beurteilt werden kann. An der Objektivität des Anwalts bei der Beratung seines Auftraggebers zu zweifeln, besteht kein Anlaß, denn dieser erwartet von ihm gerade eine neutrale, das heißt objektiv richtige Beurteilung der Sach- und Rechtslage, weil nur eine solche ihm eine brauchbare Grundlage für seine Entschlüsse geben kann. Auch im Hinblick darauf, daß für die Beurteilung der Rechtsbeständigkeit und des Schutzzumfangs eines Schutzrechtes patentrechtliche Kenntnis und Erfahrungen eine nicht minder bedeutsame Rolle spielen als ein rein technisches Wissen, kann nicht in jedem Falle davon ausgegangen werden, daß ein Spezialist des betreffenden technischen Fachgebietes dem Schutzrechtsinhaber wertvollere Erkenntnisse vermitteln könne als der eigene Anwalt. Erwartet werden muß allerdings, daß der Schutzrechtsinhaber den anwaltlichen Rat nicht ohne weiteres hinnimmt, sondern sich im Rahmen seiner Möglichkeiten in die Prüfung einschaltet und unter Einsatz seines eigenen fachlichen Spezialwissens an ihr mitwirkt. Das hat die Beklagte im vorliegenden Fall getan, indem sie ihre Anwälte im eigenen Betrieb mit allen technischen Einzelheiten vertraut gemacht und mit ihnen gemeinsam alle wesentlichen Fragen erörtert hat.

d) Wenn die Beklagte trotz aller dieser Maßnahmen und entgegen der Ansicht ihrer Berater die Schutzfähigkeit ihrer Gebrauchsmuster unrichtig beurteilt haben sollte, wofür das Ergebnis der Löschungsklagen sprechen mag, so würde diese Fehlbeurteilung den Vorwurf der Fahrlässigkeit nur dann rechtfertigen, wenn die Beklagte begründeten Anlaß gehabt hätte, das Urteil ihrer Anwälte anzuzweifeln. Gegen eine solche Annahme spricht aber, daß auch die von der Klägerin zur Prüfung der Schutzrechtslage zu Rate gezogenen, ebenfalls besonders erfahrenen Patentanwälte die Löschung der Gebrauchsmuster für unwahrscheinlich angesehen und der Klägerin aus diesem Grunde zur Einstellung der Produktion des unter diese Schutzrechte fallenden Strumpfes geraten haben, und daß sogar die Gebrauchsmusterabteilung des Deutschen Patentamts im späteren Löschungsverfahren zunächst zu dem in einem Zwischenbescheid niedergelegten Ergebnis gelangt war, die Gebrauchsmuster seien durch keine Entgegenhaltung, auch nicht durch die ihnen am nächsten kommende US-Patentschrift Nr ..., vorweggenommen. Die übereinstimmende, auf unabhängig voneinander

durchgeführten Prüfungen verschiedener Stellen beruhende positive Beurteilung der Gebrauchsmuster spricht in besonderer Weise dafür, daß dieses Ergebnis aus damaliger Sicht zumindest mit guten Gründen vertretbar war und nicht auf einer Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt beruhte. ...

4. Zu einer hiervon abweichenden Beurteilung geben auch die nachfolgenden Erwägungen keine Anlaß.

a) ...

b) Angesichts des Verhaltens der Konkurrenz kann gegen die Beklagte ein Schuldvorwurf auch nicht daraus hergeleitet werden, daß sie das Ergebnis der von einer Mitbewerberin Ende Juni 1962 erhobenen Löschungsklage nicht abgewartet hat, bevor sie zur Verwarnung der Klägerin schritt. Denn einmal war für sie nicht vorhersehbar, wann mit einer endgültigen Entscheidung über die Löschungsklagen würde gerechnet werden können, zum anderen war das Geschäft mit dem neuen maschenfesten Strumpf durch ungewöhnlich hohe Anfangserfolge gekennzeichnet, denen bereits nach wenigen Monaten ein erheblicher Rückgang und Preisverfall folgte. Bei dieser Sachlage war es der Beklagten nicht zuzumuten, die Geltendmachung ihrer Rechte auf unbestimmte Zeit zurückzustellen.

c) Auch Form und Inhalt des an die Klägerin gerichteten Verwarnungsschreibens der Beklagten rechtfertigen einen Schuldvorwurf nicht. Das Schreiben enthält die Behauptung einer Schutzrechtsverletzung, eine darauf gestützte Unterlassungsaufforderung und - für den Fall, daß dieser nicht Folge geleistet werde - die Ankündigung einer Schadensersatzklage, wobei der Schaden als „ungewöhnlich hoch“ bezeichnet wird. Sachliche Unrichtigkeiten oder Formulierungen, die geeignet sein konnten, die Klägerin einem Druck auszusetzen, der sich nicht ohnehin aus der Verletzungssituation ergeben hätte, sind dem Schreiben nicht zu entnehmen. Bei der wirtschaftlichen Größe und Bedeutung der Klägerin und im Hinblick darauf, daß ihr alle Möglichkeiten offenstanden, die in Aussicht gestellten Schadensforderungen nach Grund und Höhe selbst zu beurteilen, kann auch der Hinweis auf einen ungewöhnlich hohen Schaden nicht als ein unzulässiger Einschüchterungsversuch gewertet werden.

d) Daß die Beklagte nicht nur die Klägerin selbst, sondern auch einen Teil ihrer Abnehmer verwarnet hat, muß für die Verschuldensfrage unberücksichtigt bleiben, weil die Verwarnung der Abnehmer für den Entschluß der Klägerin, die Produktion ihres A...-Strumpfes einzustellen, und für den daraus hergeleiteten Schaden nicht ursächlich geworden ist. Vielmehr hat die Klägerin diesen Entschluß auf Grund der unmittelbar an sie gerichteten Verwarnung und zu einem Zeitpunkt gefaßt, an dem sie von der Verwarnung der Abnehmer noch nichts wußte. Dafür, daß sie ohne die Verwarnung ihrer Abnehmer die Produktion eher wieder aufgenommen hätte als tatsächlich geschehen, liegen keine Anhaltspunkte vor.

e) Die Frage, ob ein Verschulden der Beklagten schon dann entfällt, wenn sie auch nur eines der beiden Gebrauchsmuster, auf die sie die Verwarnung gestützt hat, für

rechtsbeständig halten durfte, hat das Berufungsgericht zutreffend mit der Begründung bejaht, daß ein auf zwei Schutzrechte gestützter einheitlicher Unterlassungsanspruch schon dann gerechtfertigt ist, wenn eines der beiden Schutzrechte den Anspruch trägt, und daß der Verwarnende demgemäß nicht schuldhaft handelt, solange er auf den Rechtsbestand eines der beiden Schutzrechte vertrauen darf. Da die Beklagte - wie dargetan - auf Grund sorgfältiger Prüfung und daher ohne Verschulden zu der Überzeugung gelangt war, daß jedenfalls das Gebrauchsmuster Nr ... sich als rechtsbeständig erweisen werde, kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte möglicherweise hätte erkennen können, daß das gleichzeitig geltend gemachte Gebrauchsmuster Nr ... keinen Bestand haben werde.

Und nun die oben mehrfach erwähnte Kindernähmaschinenentscheidung:

Gericht: BGH 1. Zivilsenat, Datum: 05.11.1962, Az: I ZR 39/61

Leitsatz

Zur Haftung auf Grund Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, begangen durch Verwarnung und Klage auf Unterlassung und Schadenersatz aus einem Gebrauchsmuster, das später rückwirkend gelöscht worden ist. („Kindernähmaschinen“)

Fundstelle

BGHZ 38, 200-208 (LT1)

Tatbestand

Die Parteien sind Spezialfabriken für die Herstellung von Kindernähmaschinen; sie stehen hierin seit Jahrzehnten in Wettbewerb. Die Klägerin erwirkte am 1. September 1953 die Eintragung des Gebrauchsmusters Nr 1.663.900 für eine solche Maschine mit mehrern Schutzansprüchen. Schutz war danach insbesondere für einen elektrischen Antrieb, namentlich für Niederspannung, sowie für die Anbringung der Antriebselemente unterhalb der Sockelplatte beansprucht.

Am 2. September 1953 ließ die Klägerin durch Patentanwalt Dr. X die Beklagte auf ihr Gebrauchsmuster hinweisen und ihr mitteilen, sie habe festgestellt, daß die Beklagte es durch Lieferung von Maschinen verletze. Die Beklagte antwortete durch ihren Patentanwalt Y mit einer Bitte um nähere Angaben, worin die Klägerin die Rechtsverletzung erblicke und welches Modell sie beanstande. Daraufhin übersandte die Klägerin am 14. September 1953 Kopien der Eintragungsunterlagen. In seiner Antwort wies Patentanwalt Y darauf hin, der Anspruch 1 werde der Löschung verfallen, wenn dafür nicht eine um einige Jahre ältere Priorität beansprucht werden könne. Daraufhin drohte die Klägerin am 28. September 1953 einen Rechtsstreit an. Die Beklagte erwiderte mit dem Hinweis, die interessierenden Merkmale des Gebrauchsmusters seien in öffentlichen

Druckschriften und Katalogen bereits vor dem Anmeldetag bekanntgemacht worden.

Mit der daraufhin eingereichten Klage beantragte die Klägerin Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung der Herstellung und des Vertriebes der fraglichen Kindernähmaschinen, die gegen die Ansprüche 1 - 4 des Gebrauchsmusters verstießen, sowie ferner zur Vernichtung und Einziehung der darauf bezüglichen Werbeprospekte und Geschäftsunterlagen, zur Rechnungslegung und zum Schadensersatz.

Die Beklagte begehrte Abweisung dieser Klage und stellte alsbald ihrerseits beim Patentamt Antrag auf Löschung des Gebrauchsmusters. Dieser Antrag führte im ersten Rechtszuge zu einer teilweisen, im zweiten Rechtszuge zur völligen Löschung des Gebrauchsmusters. Darauf erklärte die Klägerin, die vorliegende Klage zurückzunehmen; die Beklagte verweigerte jedoch die dazu erforderliche Zustimmung und erhob Widerklage auf Schadensersatz wegen unberechtigter Verwarnung. Die Klägerin habe sich eines Eingriffs in den Gewerbebetrieb der Beklagten schuldig gemacht. Ihr, der Beklagten, sei zunächst nur übriggeblieben, die beanstandete Produktion einzustellen, weil das Risiko für sie besonders dann zu groß gewesen sei, wenn die Klägerin, was auf Grund ihres früheren Verhaltens in anderen Fällen zu befürchten gewesen sei, ihre vermeintlichen Rechte auch gegenüber Abnehmern der Beklagten geltend gemacht hätte.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Beklagte habe den behaupteten Eingriff in ihren Gewerbebetrieb selber aus freien Stücken vorgenommen; ihr, der Klägerin, könne auch kein Verschulden vorgeworfen werden; die sachkundige Gebrauchsmusterabteilung des Patentamts habe das Gebrauchsmuster mit zwei geänderten Ansprüchen aufrechterhalten; auch der Beschwerdesenat habe lediglich die Erfindungshöhe verneint.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, der Widerklage voll stattgegeben und in den Gründen ausgeführt, daß die Beklagte ein Viertel ihres Schadens wegen mitwirkenden Verschuldens selbst zu tragen habe. Dagegen hat die Klägerin nur wegen der Widerklage Berufung eingelegt, mit der sie deren Abweisung beantragt hat. Das Berufungsgericht hat durch Zwischenurteil die Berufung insoweit zurückgewiesen, als sie sich gegen den Grund des Widerklageanspruchs richtet. Die Revision der Klägerin blieb ohne Erfolg.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hält den Klageanspruch nach § 823 Abs 1 BGB dem Grunde nach für gerechtfertigt; die Klägerin habe einen rechtswidrigen und schuldhaften Eingriff in den Gewerbebetrieb der Beklagten vorgenommen, durch den dieser ein Schaden entstanden sei; der Schaden sei durch ein Mitverschulden der Beklagten jedenfalls nicht zu mehr als einem Viertel verursacht worden.

Während das Landgericht schon die Schreiben der Klägerin vom 2., 14. und 28. September 1953 als solche Eingriffe erachtet hatte, hat das Berufungsgericht insoweit Bedenken geäußert; es hat diese Frage aber dahingestellt gelassen, da die Schreiben die Beklagte noch nicht veranlaßt hätten, Herstellung oder Vertrieb der fraglichen Waren zu beschränken; diese Wirkung habe vielmehr erst die Unterlassungsklage selbst gehabt. Diese stelle aber die stärkste Form der Verwarnung und deshalb erst recht einen Eingriff in den Gewerbebetrieb dar, zumal die Unterlassungsklage hier noch mit Anträgen auf Vernichtung bzw. Einziehung der zugehörigen Geschäftsunterlagen verbunden gewesen sei. Das Vorbringen der Klägerin, nicht sie, sondern die Beklagte habe durch eigenen, weder durch Täuschung, noch durch Drohung oder Zwang beeinflussten Willensentschluß den Eingriff in ihren Gewerbebetrieb herbeigeführt, hält das Berufungsgericht für unvereinbar mit den Grundsätzen der kausalen Zurechnung; es weist diesem Vorbringen deshalb nur einen Platz im Rahmen des Einwandes mitwirkenden Verschuldens zu. Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs bejaht das Berufungsgericht mit dem Hinweis auf die rückwirkende Löschung des Gebrauchsmusters, auf das die Klage gegründet gewesen sei.

II. Die Revision führt aus, auf das in den Vorinstanzen behandelte Problem der Haftung aus rechtswidriger schuldhafter Schutzrechtsverwarnung komme es für die Entscheidung nicht an, da die drei Schreiben der Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keinen Schaden verursacht hätten. Es gehe deshalb allein um die Frage, ob die Klagepartei schadensersatzpflichtig werde, wenn sie das Gericht unter Darlegung des zutreffenden Sachverhalts um die Entscheidung einer Rechtsfrage bitte. Die Klage unter Darlegung des vollständigen Sachverhalts sei die von der Rechtsordnung vorgesehene Art, rechtliche Zweifel zu klären; die beklagte Partei müsse die Entscheidung abwarten und sei durch die im Verfahren gegebenen Möglichkeiten hinreichend geschützt. Wenn das Reichsgericht in der Erhebung einer Unterlassungs- und Schadensersatzklage einen rechtswidrigen Eingriff in den Gewerbebetrieb des Beklagten gesehen habe (GRUR 1939, 787, 789), so könne diese für den Fall einer veröffentlichten, später aber zurückgewiesenen Patentanmeldung entwickelte Rechtsauffassung jedenfalls für das Gebrauchsmuster nicht übernommen werden, da hier der Verletzungsrichter den rechtlichen Bestand des Schutzrechts uneingeschränkt zu prüfen habe.

III. Diese Angriffe können im Ergebnis keinen Erfolg haben.

1. Die Widerklage betrifft die Haftung aus einem unberechtigten, auf die Behauptung eines gewerblichen Schutzrechts gestützten und an den Inhaber eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes gerichteten, ernsthaften und endgültigen Unterlassungsbegehrens. Der Fall eines bloßen vorbereitenden Meinungs austausches über die patent- oder gebrauchsmusterrechtliche Lage steht also nicht zur Entscheidung. Zutreffend hat das Berufungsgericht diesen Tatbestand unter dem Gesichtspunkt des Eingriffes in den Gewerbebetrieb im Rahmen des § 823 Abs 1 BGB geprüft. Diese Haftung tritt zwar wegen ihres subsidiären Charakters nur ein, wenn eine andere Rechtsgrundlage nicht gegeben

ist und der Zusammenhang der auf dem jeweiligen Rechtsgebiet geltenden Normen ergibt, daß eine Lücke besteht, die mit Hilfe des § 823 Abs 1 BGB geschlossen werden darf (BGHZ 36, 252, 256 - Gründerbildnis; von Caemmerer, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Bd II S 49, 90ff). Diese Voraussetzungen sind aber hier gegeben. (Wird ausgeführt).

2. Die Schutzrechtsverwarnung des nur vermeintlich Berechtigten stellt an sich nur einen Fall des unberechtigten Leistungsbegehrens dar. Die dadurch bewirkte Leistung kann im allgemeinen, auch wenn der Fordernde mit einer Scheinrechtsstellung ausgestattet ist, nur als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden (BGHZ 36, 18, 20; so auch RG BIPMZ 1903, 229, 230 für den Fall einer Zahlung auf Grund nichtbestehenden gewerblichen Schutzrechts). Im Regelfall kann daher Schadensersatz nur unter den Voraussetzungen der §§ 823 Abs 2, 826 BGB gefordert werden, und nur Besonderheiten des Tatbestandes können eine Ausnahme rechtfertigen. Solche sind aber bei der auf Unterlassung gerichteten Schutzrechtsverwarnung dann gegeben, wenn sie sich an den Inhaber eines Gewerbebetriebes richtet. Entscheidend sind insoweit die einschneidenden Wirkungen, die ein solches Unterlassungsbegehren für den Inhaber eines Gewerbebetriebes in aller Regel zur Folge hat; diese Wirkungen gehen über die Folgen, denen der zu Unrecht als Schuldner in Anspruch Genommene im allgemeinen ausgesetzt ist, wesentlich hinaus und könnten durch einen Bereicherungsanspruch schon deshalb nicht angemessen ausgeglichen werden, weil regelmäßig nicht nachgewiesen werden könnte, daß gerade dem Verwarner dasjenige zugeflossen ist, was dem Verwarnten infolge der Verwarnung entzogen worden ist. Die Schutzrechtsverwarnung stellt den Verwarnten insbesondere vor die Frage, ob der Herstellung bzw Vertrieb der umstrittenen Erzeugnisse fortsetzen soll; dabei stößt die Beurteilung der patentrechtlichen Lage fast immer auf beträchtliche Schwierigkeiten, deren Überwindung Zeit fordert. Andererseits haftet der Verwarnte, wenn er seinen Betrieb insoweit ungeachtet der Verwarnung fortsetzt, nach einem durch die Besonderheiten der Verhältnisse gebotenen, in der Rechtsprechung schon des Reichsgerichts von jeher angelegten scharfen Verschuldensmaßstabe; vor allem hat er aber Schadensersatz nach einem besonderen Maß zu leisten: er haftet nach Wahl des Verletzten auf Herausgabe des von ihm erzielten Gewinnes auch dann, wenn der Verletzte diesen nicht hätte machen können (RGZ 70, 249, 251). Namentlich diese letztgenannte, gewohnheitsrechtlich begründete Schadensberechnung stellt den Verwarnten in diesen Fällen in ganz anderer Weise als sonst einen zu Unrecht als Schuldner in Anspruch Genommenen vor die Frage, ob er dem Unterlassungsbegehren Folge leisten soll; sie nötigt ihn zu einem weitreichenden, unmittelbar die Fortsetzung des Betriebes im ganzen oder auf einem Teilgebiete betreffenden Entschluß. Diese besonderen Umstände haben zu der Forderung nach einer Gefährdungshaftung des Verwarners entsprechend §§ 945, 717 Abs 2 ZPO geführt. Geht diese Forderung auch zu weit, weil ein derartiges Risiko die Inhaber auch wohlbegründeter gewerblicher Schutzrechte von der Wahrnehmung ihrer Rechte abhalten könnte (RG GRUR 1939, 787, 789), so läßt die ernstliche Erwägung dieses Gedankens



doch erkennen, daß dem schutzwürdigen Interesse des zu Unrecht Verwarnten in diesen Fällen durch eine bloße Bereicherungshaftung und durch eine Haftung nach §§ 823 Abs 2, 826 BGB, § 1 UWG nicht hinreichend Rechnung getragen werden könnte. Nach alledem muß an der ständigen bisherigen Rechtsprechung festgehalten werden, in der das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gerade wegen der Besonderheiten der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung entwickelt worden ist (RGZ 58, 24, 29; vgl die Nachweisungen bei BGB-RGRK, 11. Aufl, Anm 27 zu § 823 BGB; von Caemmerer aaO S 84), und die der erkennende Senat übernommen hat (BGHZ 2, 387, 393 Mülltonnen; BGHZ 13, 210, 216 = GRUR 1954, 391, 393 - Prallmühle I).

3. Die von der Revision geleugnete Rechtswidrigkeit des Vorgehens der Klägerin ergibt sich grundsätzlich aus der Rückwirkung der Gebrauchsmusterlöschung (RG GRUR 1934, 666 667; BGH GRUR 1955, 573, 574). Es kommt hierfür nicht darauf an, ob der Verwarner in gutem Glauben an den Bestand des Rechts gehandelt hat. Auch die von der Revision angeführte Entscheidung des II. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 6. März 1931 (GRUR 1931, 640, 641) geht hiervon aus. Lediglich in der vorangegangenen, vereinzelt gebliebenen Entscheidung desselben Senats vom 16. Mai 1930 (MuW 1930, 441, 443) war abweichend auf den guten Glauben abgestellt und zur Begründung auf den inzwischen außer Kraft getretenen § 35 PatG verwiesen worden, der die Ersatzhaftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkte. Diese Ansicht ist aber alsbald in Übereinstimmung mit der früheren ständigen Rechtsprechung wieder aufgegeben worden (RGZ 141, 336, 338; RG GRUR 1942, 54, 55; vgl auch Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl Anm 8 zu § 14 UWG; Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl Kap 97, S 726). Folgerichtig hat die Rechtsprechung dem objektiv zu Unrecht Verwarnten auch stets den im gewerblichen Rechtsschutz unentbehrlichen Unterlassungsanspruch gegen weitere Verwarnungen ohne Rücksicht darauf gewährt, ob der Verwarner selbst nach sorgfältigster Prüfung von der Berechtigung seines eigenen Rechtsstandpunktes überzeugt sein durfte (RG GRUR 1936, 100, 102 re Sp; RG MuW 1940, 161, 162, 164; RG GRUR 1942, 54, 55). Die Ausführungen der Revision geben keinen Anlaß, hiervon abzugehen. Für den Bereich der gewerblichen Schutzrechte gebietet schon die große praktische Bedeutung der vorbeugenden Unterlassungsklage gegenüber Schutzrechtsverwarnungen, die Frage der Rechtswidrigkeit weiterhin nach objektiven Gesichtspunkten zu beantworten. Auch für die Rechtswidrigkeit der auf ein vermeintliches Schutzrecht geschützten Klage kann nichts anderes gelten, als für die der außerhalb eines Rechtsstreits erklärten Verwarnung (Baur, JZ 1962, 95). Einer unterschiedlichen Behandlung stehen schon zwingende praktische Gründe entgegen; wer sofort klagt, kann rechtlich nicht besser gestellt werden, als wer zur Klärung der Sach- und Rechtslage zuvor verwarnt. Die außerprozessuale Verwarnung bildet gerade wegen ihrer klärenden, streitvermeidenden Bedeutung einen unentbehrlichen, besonders wichtigen Bestandteil des Rechtslebens auf dem Gebiete der gewerblichen Schutzrechte (vgl Dietze, Mitt 1960, 101ff; Reimer, Mitt 1960, 107;

Zeller, Gebrauchsmusterrecht 1952, S 424). Würde man den Schutzrechtsinhaber bei sofortiger Klageerhebung von der Ersatzpflicht nach § 823 Abs 1 BGB freistellen, so müßte eine solche unbegründete Bevorzugung den Rechtsfrieden gefährden und zu einer untragbaren Rechtsunsicherheit auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes führen. Überdies erhält die Verwarnung in aller Regel ihre Bedeutung und Wirkung nur durch die hinter ihr stehende Möglichkeit der Unterlassungsklage; auch deshalb kann nicht die Verwarnung als rechtswidrig, die entsprechende Klage dagegen als rechtmäßig angesehen werden. Folgt der Verwarnung die entsprechende Klage, so wäre es deshalb auch kaum möglich, eine einigermaßen sichere Feststellung dahin zu treffen, die Verwarnung, nicht aber die Klage habe die Betriebseinstellung verursacht.

Auch der von der Revision in anderem Zusammenhang vorgetragene, an sich zutreffende Gedanke, daß der Verwarnte seine Rechtsstellung verteidigen müsse und nicht voreilig nachgeben dürfe, führt zu demselben Ergebnis; er unterstreicht die Notwendigkeit, denjenigen Verwarnten, der sich nicht schon der Verwarnung, sondern - wie hier der Beklagte - erst der Klageerhebung beugt, nicht schlechter zu stellen, soweit der Anspruch auf Schadensersatz wegen unberechtigter Verwarnung in Betracht kommt.

Der von der Revision geltend gemachte Grundsatz, daß niemand durch die wahrheitsgemäß - gemeint ist offenbar: nur subjektiv wahrhaftig, objektiv aber unzutreffend - begründete Bitte um Rechtsschutz rechtswidrig handeln könne, trifft zwar aus den für die außerhalb des Rechtsstreits erklärte Verwarnung dargelegten Gründen an sich zu. So hat der Bundesgerichtshof in einem unberechtigten Rückerstattungsverlangen keinen widerrechtlichen Eingriff in den Gewerbebetrieb gesehen, dieses Ergebnis allerdings mit der Verneinung der Unmittelbarkeit des Eingriffs gewonnen (LM Nr 4 zu BGB § 823 (Da)); auch ist angenommen worden, daß in der Erhebung einer Feststellungsklage keine verbotene Eigenmacht oder sonstige Rechtsverletzung liege (BGHZ 20, 169, 171); für den Fall des unbegründeten Konkursantrages ist schließlich allgemeiner ausgesprochen worden, daß dadurch, wie im Falle der unbegründeten Klage, das Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb nicht verletzt werde (BGHZ 36, 18, 20 = JZ 1962, 94). In allen diesen Fällen ist jedoch die Interessenlage aus den bereits unter 2) dargelegten Gründen völlig anders als bei der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung und der ihr entsprechenden Unterlassungsklage.

Nach alledem hält der Senat an der Rechtsprechung des Reichsgerichts fest, die den Fall der Klageerhebung mit der vorherigen Verwarnung gleichgestellt hat (RG GRUR 1939, 787, 789; ebenso Baur aaO; Staudinger/Werner, BGB 10./11. Aufl, Vorbem 89 zu §§ 275 - 292, S 323 oben).

Später sind dem 1. Zivilsenat des BGH Zweifel an der Richtigkeit seiner Rechtsprechung gekommen. Er legte durch Beschluss vom 12. August 2004 (I ZR 98/02) dem Großen Senat für Zivilsachen die Frage zur Entscheidung vor:

„Kann eine unbegründete Verwarnung aus einem Kennzeichenrecht bei schuldhaftem Handeln als rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gemäß § 823 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichten oder kann sich eine Schadensersatzpflicht, falls nicht § 826 BGB eingreift, nur aus dem Recht des unlauteren Wettbewerbs 8§ 3, § 4 Nrn. 1, 8 und 10, § 9 UWG) ergeben?“

Die Antwort des Großen Zivilsenats findet sich in einem Beschluss vom 15. Juli 2005 (GSZ 1/04). Sie belässt es bei der beschriebenen Rechtslage. Die unberechtigte Schutzrechtsverwarnung ist ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

### *iii. Unberechtigte Verfahrenseinleitungen*

Die unberechtigte Schutzrechtsverwarnung ist ein Sondertatbestand der unberechtigten Wahrnehmung von Verfahrensrechten. Während die Rechtsprechung den Schutz vor unberechtigten Schutzrechtsverwarnungen ohne weiteres anerkennt, hält sie sich bei unberechtigten Verfahrenseinleitungen (Klagen, Strafanzeigen, Konkursanträge) bedeckt und ist nur in Ausnahmesituationen bereit, über §§ 826 BGB, 3 UWG Schutz zu gewähren.

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 03.10.1961, Az: VI ZR 242/60

Leitsatz

Fundstelle

BGHZ 36, 18-24 (LT1)

Tatbestand

Die Klägerin betreibt den Einbau von Heizungsanlagen und sanitären Einrichtungen. Sie bezog seit 1955 das hierfür benötigte Material größtenteils von der Beklagten, die ihr Ende 1956 drei Monate Zahlungsziel gegen die persönlichen Bürgschaften ihrer damaligen beiden Gesellschafter einräumte. Zu der außerdem als Sicherung in Aussicht genommenen Bestellung einer Hypothek an dem Hausgrundstück eines der Gesellschafter kam es nicht; das Grundstück wurde verkauft. Hierüber und wegen der Zahlungsweise der Klägerin entstanden Meinungsverschiedenheiten, die schließlich zum Abbruch der Geschäftsbeziehungen führten.

Die Beklagte ließ am 26. August 1957 durch ihre Anwälte der Klägerin schreiben, sie möge ihre insgesamt 94.388,96 DM betragende Verbindlichkeit bis zum 2. September 1957 begleichen oder eindeutige Vorschläge zur Sicherung dieser Forderung machen; wenn bis zur Frist weder Zahlung geleistet noch Sicherheit

erbracht sei, müsse die Beklagte annehmen, daß bei der Klägerin die Voraussetzungen des Konkurses eingetreten seien, und gegebenenfalls seine Eröffnung beantragen. Die Klägerin erhob Einwendungen zur Höhe der Forderung, zahlte jedoch im September 1957 binnen sechzehn Tagen 40.000 DM und gab Wechsel für 10.000 DM her, die später eingelöst wurden. Nach weiteren Anschaffungen der Klägerin und zwei Mahnschreiben der Beklagten, in denen sie sich auf die angekündigte Maßnahme bezog, machte die Beklagte Anfang November 1957 noch eine Restforderung von 11.235,74 DM geltend. Als sie keine Zahlung erhielt, stellte sie ihretwegen am 13. November 1957 Konkursantrag gegen die damals als GmbH betriebene Klägerin. Diese legte dem Amtsgericht einen Status zum 30. November 1957 vor, der ein Vermögen von 493.661,18 DM auswies. Sodann zahlte sie am 7. Dezember 1957 durch Scheck 9.990,24 DM an die Beklagte unter Bestreiten einer weitergehenden Verbindlichkeit. Die Beklagte nahm daraufhin den Konkursantrag zurück.

Die Klägerin hat die Feststellung begehrt, daß die Beklagte ihr den durch den Konkursantrag zugefügten Schaden ersetzen müsse. Sie hat behauptet, infolge der bekannt gewordenen Antragstellung geschäftliche Verluste erlitten zu haben, die sie im einzelnen noch nicht übersehen könne. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eröffnung eines Vergleichs- oder Konkursverfahrens seien bei ihr niemals gegeben gewesen. Das habe die Beklagte auch gewußt, mindestens aber unschwer erkennen können. Dieser sei es in Wirklichkeit nur darum zu tun gewesen, ihre teilweise streitige Forderung schneller als im Klage- und Vollstreckungswege durchzusetzen. Die Beklagte hat dies bestritten und auf Umstände verwiesen, aus denen die objektive Konkursreife der Klägerin hervorgegangen, wenigstens aber eine dahingehende Überzeugung zu gewinnen gewesen sei. Sie hat weiter behauptet, sofern die Klägerin überhaupt einen Schaden erlitten habe, sei er auf Mitteilung über den - sonst nicht veröffentlichten - Konkursantrag zurückzuführen, wie sie unstreitig die Klägerin selbst Dritten gegenüber gemacht habe. Im übrigen hat die Beklagte die Ansicht vertreten, daß ihr eine unerlaubte Handlung nicht vorgeworfen werden könne, da sie als Gläubigerin lediglich einen ihr gesetzlich eröffneten Weg beschritten habe, der wegen der Berücksichtigung ihrer Eigentumsvorbehalte im Konkurs auch sinnvoll gewesen sei.

Nach Einholung eines Sachverständigengutachters, in welchem die Konkursvoraussetzungen für den Zeitpunkt der Antragstellung verneint worden sind, hat das Landgericht der Klage stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben.

Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht hat - ebenso wie das Landgericht - in dem Konkursantrag einen unerlaubten Eingriff der Beklagten in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin erblickt. Es hat festgestellt, daß der Antrag

tatsächlich nicht begründet war, und ausgeführt, daher sei das Vorgehen der Beklagten rechtswidrig gewesen. Die Beklagte habe auch zumindest fahrlässig gehandelt; denn wenn sie die - im einzelnen erörterten - Umstände mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns objektiv und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen geprüft hätte, statt sich auf Vermutungen zu verlassen, hätte sie erkennen müssen, daß ihr Antrag unberechtigt war und daß sie mit ihm widerrechtlich in den geschützten Rechtskreis der Klägerin eingriff. Für den von der Klägerin unter Beweisanztritt behaupteten Schaden spreche eine hohe Wahrscheinlichkeit, weil ein Unternehmen, gegen das ein Konkursantrag gestellt sei, nach der Lebenserfahrung von seinen Geschäftspartnern nicht mehr als zahlungs- und leistungsfähig angesehen werde. Wegen der zumindest ursprünglich nicht übersehbaren Höhe des Schadens sei die Feststellungsklage zulässig; sachlich sei sie nach § 823 Abs 1 BGB begründet.

Dem kann nicht beigetreten werden.

Wer sich zum Vorgehen gegen seinen Schuldner eines staatlichen, gesetzlich eingerichteten und geregelten Verfahrens bedient, greift auch dann nicht unmittelbar und rechtswidrig in den geschützten Rechtskreis des Schuldners ein, wenn sein Begehren sachlich nicht gerechtfertigt ist und dem anderen Teil aus dem Verfahren Nachteile erwachsen. Der Gläubiger ist deshalb nicht verpflichtet, zuvor mit Sorgfalt zu prüfen, ob er sich zur Inangangsetzung des Verfahrens für berechtigt halten darf, oder gar seine Interessen gegen die des Schuldners abzuwägen. Den Schutz des Schuldners, gegebenenfalls auch durch Interessenabwägung, übernimmt vielmehr das Verfahren selbst nach Maßgabe seiner gesetzlichen Ausgestaltung. Diese sieht teilweise Schadensersatzansprüche des Schuldners bei ungerechtfertigter Inanspruchnahme vor, so bei der Vollstreckung aus einem nur vorläufig vollstreckbaren, später aufgehobenen oder abgeänderten Urteil (§ 717 Abs 2 ZPO) oder bei der Vollziehung eines von Anfang an ungerechtfertigten Arrestes (§ 945 ZPO). Wo solche Sanktionen fehlen, sind sie nicht durch einen Rückgriff auf § 823 Abs 1 BGB zu ersetzen, schon weil es an der Rechtswidrigkeit mangelt. So können aus der objektiv unbegründeten Erwirkung eines Zahlungsbefehls oder Anstrengung einer Klage dem Betroffenen Nachteile über den Kostenpunkt hinaus erwachsen, ohne daß er dieserhalb den Gläubiger oder Kläger in Anspruch zu nehmen vermöchte. Anders ist es nur bei der vorsätzlichen, sittenwidrigen Schadenszufügung durch ein mit unlauteren Mitteln betriebenes Verfahren, wie im Falle des Prozeßbetrugs oder auch der mit unwahren Angaben erschlichenen Konkurseröffnung. Alsdann gründet sich die Haftung des Schädigers jedoch auf § 826 BGB.

Die Beklagte hat nach den Feststellungen einen - wie sich nachträglich erwies - sachlich nicht gerechtfertigten Konkursantrag gegen die Klägerin gestellt. Sie hat hierdurch das Zulassungs- und Prüfungsverfahren nach § 105 KO in Gang gesetzt. Dieses Verfahren ist eigens vorgeschaltet, um den Schuldner vor den schweren Nachteilen zu bewahren, welche eine schematische Eröffnung des Konkurses in der Regel mit sich bringen würde, auch wenn alsbald seine Einstellung erfolgte.

Hier prägt sich die oben gekennzeichnete Schutzinfektion deutlich aus. Die Prüfung, ob der Konkursantrag zulässig und begründet ist, findet von Amts wegen mit der Möglichkeit einer objektiven Klärung statt. Diese zu veranlassen, ist auch im Falle eines unbegründeten Antrags weder rechtswidrig noch der Sache nach ein unmittelbarer Eingriff des Gläubigers in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Schuldners. Damit soll nicht verkannt werden, daß auch schon die Einleitung des Zulassungs- und Prüfungsverfahrens Nachteile für den Schuldner mit sich bringen kann. Diese müssen jedoch von ihm hingenommen werden. Ob die Beklagte das Fehlen der Konkursvoraussetzungen hätte erkennen können, ist mithin ohne Belang.

Die Rechtsprechung, welche eine sorgfältige und zutreffende Interessenabwägung vor dem Eingriff in die gewerbliche Freiheit eines anderen verlangt hat, läßt sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hier nicht heranziehen. Denn in den dort entschiedenen Fällen hatte der Schädiger nicht ein objektives, seiner Willkür entzogenes und mit gesetzlichen Sicherungen ausgestattetes Verfahren in Gang gesetzt, sondern selbst und unmittelbar in eine freie gewerbliche Betätigung eingegriffen, wie durch öffentliches Abraten von dem Bezug einer Zeitschrift (BGHZ 3, 270) oder durch Warnung beteiligter Handelskreise vor der „langsamen“ Zahlungsweise eines Abnehmers (BGHZ 8, 142). Das Berufungsgericht hat diese Fälle dem vorliegenden mit der Begründung gleichzusetzen gesucht, der Eingang eines jeden Konkursantrags spreche sich nach der Lebenserfahrung schnell herum. Wenn dem so wäre, dann handelte es sich bei dem Ruchbarwerden gerade nicht um einen vom Gläubiger unmittelbar und rechtswidrig vorgenommenen Eingriff, sondern um die unerwünschte Nebenfolge eines gesetzlich ausgestalteten Verfahrens, durch die auch bei fahrlässiger, objektiv unbegründeter Antragstellung eine Schadensersatzpflicht des Gläubigers nicht ausgelöst werden könnte.

Indessen ist ein Erfahrungssatz so allgemeinen Inhalts nicht anzuerkennen. Auch das Berufungsgericht gibt für ihn keine Anhalte oder Erläuterungen. Von Amts wegen bekannt zu machen ist nicht der Eingang des Konkursantrags, sondern erst der Eröffnungsbeschluß nach Maßgabe von §§ 111ff KO. Inwieweit die Öffentlichkeit dennoch im Falle wirklicher Insolvenz schon früher Kenntnis zu erlangen pflegt, weil eine gesteigerte Aufmerksamkeit der Gläubiger und sonstiger Interessenten darauf gerichtet ist, kann hier dahinstehen. Daß jedoch auch der unbegründete und alsbald zurückgenommene Antrag eines vereinzelt Gläubigers gegen einen solventen Schuldner unweigerlich an die Öffentlichkeit dringt, selbst wenn mit ihm gar nicht die Konkurseröffnung, sondern die Beitreibung einer Forderung bezweckt wird, ist allein schon wegen des Ausnahmecharakters eines solchen Vorgehens kein Satz der Lebenserfahrung. Das Amtsgericht hatte vorliegend auch noch keine über die Anhörung des Schuldners hinausgehenden Ermittlungen angestellt, die weitere Kreise ziehen und ein Bekanntwerden hätten fördern können. Alsdann bleibt es möglich, wie dies die Klägerin auch ausdrücklich behauptet hatte, daß erst die Beklagte die Nachricht verbreitet hat. Ein solcher Sachverhalt könnte aber den Anspruch der Klägerin begründen, der

ausschließlich auf den Ersatz des Schadens gerichtet ist, den sie durch das Bekanntwerden des Antrags der Beklagten erlitten haben will.

Ein Gläubiger, der fahrlässig einen unbegründeten Konkursantrag gegen seinen Schuldner stellt, handelt, wenn er die Tatsache seiner Antragstellung verbreitet, damit nicht der Wahrheit zuwider, so daß er nicht wegen Kreditgefährdung nach § 824 BGB haftet. Die Bekanntgabe einer wahren Tatsache kann jedoch eine Verletzung des durch § 823 Abs 1 BGB geschützten Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen (vgl BGHZ 8, 142). Sollte die Beklagte in der genannten Weise vorgegangen sein, so läge der unmittelbare und rechtswidrige Eingriff zwar nicht in der Stellung des Konkursantrages, möglicherweise aber - selbständig - in der ungerechtfertigten Mitteilung an Dritte. Denn dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß allein schon die Information der Gesprächspartner über einen gestellten Konkursantrag, mag dieser sich auch demnächst als unbegründet erweisen, geeignet ist, die freie Entfaltung des betroffenen Gewerbebetriebes zu beeinträchtigen. Eine solche Mitteilung ist noch konkreter und gefährlicher als die in BGHZ 8, 142 behandelte, ebenfalls an sich wahre Nachricht, daß ein Unternehmen ein „langsamer Zahler“ sei. Den Gläubiger, der sie verbreiten will, trifft deshalb die in dieser Entscheidung und schon in BGHZ 3, 270 geforderte Prüfungs- und Aufklärungspflicht. Dabei würde es ihn nicht schon freistellen, daß er seinen Konkursantrag für begründet halten durfte; die Rechtswidrigkeit müßte vielmehr für den Eingriff selbst, also die Verbreitung der Nachricht, zu verneinen sein.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß es bei erweislicher Unbegründetheit und Fahrlässigkeit der Antragstellung nicht mehr darauf ankomme, ob und inwieweit die Beklagte die Tatsache ihres Konkursantrages verbreitet hat, stellt demnach einen Rechtsirrtum dar. Da das angefochtene Urteil auf ihm beruht, mußte es aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverweisen werden.

#### *iv. Schäden durch fehlerhafte Informationen und Auskünfte*

Beim Schutz vor Schäden durch fehlerhafte Informationen und Auskünfte greift die Rechtsprechung nicht auf das Deliktsrecht zurück, sondern versucht, vertragliche Schadensersatzansprüche zu begründen. Das ist indessen mit einigen Schwierigkeiten verbunden. Zum einen fehlt es häufig schon im unmittelbaren Verhältnis zwischen dem Auskunftserteiler und dem Auskunftsempfänger an einer vertraglichen Bindung. Zum anderen nutzen häufig auch dritte Personen die fehlerhaften Auskünfte zu schädigenden geschäftlichen Dispositionen. Wenn man hier das Vertragsrecht strapaziert, muss man im ersten Bereich zu stillschweigenden Auskunftsverträgen und im zweiten Bereich zu Verträgen mit Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter (§ 311 Abs. 3 BGB) Zuflucht nehmen.

Um etwa Dritte in den Schutzbereich eines auf Erstellung und Testat der Zwischenbilanz eines Unternehmens gerichteten Vertrags einzubeziehen, genügt es, nach dem Bundesgerichtshof, wenn dem testierenden Steuerberater erkennbar war, dass die Ausarbeitung als Entscheidungsgrundlage für einen Dritten, Käufer oder Kreditgeber (Bank) bestimmt war (BGH, Urt. v. 26. November 1986, IVa ZR 86/85, NJW 1987, 1758).

Um die Haftung des Vermittlers von Kapitalanlagen für die Richtigkeit der Angaben, die er über das Anlageprojekt selbst gemacht hat oder die in von ihm versandten Werbeprospekten enthalten sind, geht es in der folgenden Entscheidung:

Gericht: BGH 7. Zivilsenat, Datum: 22.03.1979, Az: VII ZR 259/77

Leitsatz

Zur Haftung des Vermittlers von Kapitalanlagen für die Richtigkeit der Angaben, die er über das Anlageobjekt selbst gemacht hat oder die in von ihm versandten Werbeprospekten enthalten sind.

Orientierungssatz

Der Vermittler von Kapitalanlagen haftet sowohl aus Beratungsvertrag als auch im Rahmen eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses für die Richtigkeit der Angaben, die er über das Anlageobjekt selbst gemacht hat oder die in von ihm überreichten Werbeprospekten enthalten sind, wenn er gegenüber den Interessenten besonders vertrauenswürdig auftritt und diese erwarten durften, daß er die Angabe selbständig geprüft und für richtig befunden hat. (Vergleiche BGH, 1974-11-06, VIII ZR 207/72, LM Nr 14 zu § 676 BGB)

Fundstelle

BGHZ 74, 103-116 (LT1-2)

NJW 1979, 1449-1452 (LT1-2)

JZ 1979, 438-441 (LT1-2)

Rechtszug:

vorgehend KG Berlin 1977-09-26 XX

vorgehend LG Berlin 1976-03-22 XX

Tatbestand

Die Beklagte zu 1 (im folgenden: „die Beklagte“), deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beklagte zu 2 ist, befaßt sich unter anderem mit der Vermittlung steuerbegünstigter Kapitalanlagen. Im Jahre 1971 übernahm sie den



Vertrieb von Kommanditeilen der B. S. GmbH & Co Herstellungs KG (künftig: KG) mit Sitz in B. . Die KG versprach ihr dafür eine Provision von 1.350.000 DM.

Mit Schreiben vom 6. Dezember 1971, dem ein „Kurzexpose“ beigelegt war, wandte sich die Beklagte an den Kläger, mit dem sie bis dahin nicht in Geschäftsverbindung gestanden hatte, und bot ihm eine Beteiligung an der KG als einer Kapitalanlage an, die allen Nachprüfungen standhalte. Als besonderen Vorteil hob sie hervor, daß die Produktion bereits 1972 beginne und der Absatz schon jetzt gesichert sei.

Auf die Zuschrift des Klägers schrieb ihm die Beklagte dann unter dem 13. Dezember 1971 ua:

„In der Anlage übersenden wir Ihnen das Expose der Firma „B.“ nebst den dazugehörigen Unterlagen, die wir Ihrem eingehenden Studium empfehlen..

Das Objekt „B.“ wurde - wie alle unsere Angebote - durch mehrere Wirtschaftsprüfer und Steuerfachleute geprüft, bevor es von uns in den Vertrieb aufgenommen wurde. Eine Beteiligung kann nachhaltig empfohlen werden. Sie beteiligen sich mit Steuergeldern in einer Branche mit hervorragenden Zukunftschancen und Wachstumschancen. Gegenüber anderen Beteiligungsangeboten ergeben sich uE folgende Vorteile:

- 1) hervorragendes, fachlich bewährtes Management,
- 2) Produktion und Absatz bereits für 1972 gesichert,
- 3) notarielle Verbürgung aller Kommanditeinlagen bis zum 31.12.1974,
- 4) Versicherungsschutz für alle Kommanditisten,
- 5) volle Finanzierung der Beteiligung aus Steuerersparnissen bei entsprechender Progression,
- 6) je 185% Afa auf die Einzahlungen 1971 und 1972.

Alle weiteren Daten finden Sie in dem bereits erwähnten, diesem Schreiben anliegenden Expose“.

In dem beigelegten Emissionsangebot heißt es, der Verkauf sei „sowohl über den Einzelhandel als auch über Warenhäuser und Konzerne sichergestellt“; es bestünden „bereits jetzt verbindliche Zusagen eingeführter und erfolgreicher Vertriebsorganisationen im Inland und Ausland, so daß schon in der Aufbauphase mit einer Auslastung der vorhandenen Kapazitäten zu rechnen ist“.

Nach einer fernmündlichen Unterredung mit dem Gründungsgesellschafter B. der Komplementär-GmbH trat der Kläger am 20. Dezember 1971 mit einer Kommanditeinlage von 200.000 DM der KG bei. Am 27. Dezember 1971 zahlte er 100.000 DM, am 13. März 1972 und 4. Juli 1972 jeweils 50.000 DM ein.

Die KG nahm im Mai 1972 die Fertigung auf. Die Geschäfte entwickelten sich jedoch schlecht. Insbesondere entsprachen Produktion und Absatz nicht den gesetzten Erwartungen. Die KG geriet zunehmend in Schwierigkeiten. Am 8. Juli 1975 wurde die Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen mangels Masse abgelehnt.

Der Kläger, der in den Jahren 1971 bis 1973 aufgrund von Verlustzuweisungen der KG insgesamt 123.101 DM an Einkommenssteuer erspart hat, verlangt von den Beklagten die Zahlung von 200.000 DM nebst Zinsen als Schadensersatz.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Kammergericht hat ihr in Höhe von 88.000 DM nebst Zinsen stattgegeben und die weitergehende Berufung des Klägers zurückgewiesen. Dagegen richten sich die - angenommenen - Revisionen beider Parteien. Der Kläger verfolgt die Klage in vollem Umfang weiter, die Beklagten erstreben die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Jede Partei beantragt, das gegnerische Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht nimmt als Rechtsgrundlage für die Inanspruchnahme der Beklagten auf Schadensersatz die Verletzung einer vertraglichen Beratungspflicht sowie Verschulden bei Vertragsverhandlungen an.

Dagegen wendet sich die Revision der Beklagten ohne Erfolg.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß zwischen den Parteien vertragliche Beziehungen bestehen, die die Beratung und Erteilung von Auskünften bei Vermittlung einer Kapitalanlage zum Gegenstand haben.

a) Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Haftung aus einem (stillschweigend abgeschlossenen) Beratungsvertrag immer dann zu bejahen, wenn Auskünfte erteilt werden, die für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung sind und die dieser zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse oder Maßnahmen machen will. Das gilt insbesondere dann, wenn der Auskunftgeber für die Erteilung der Auskunft sachkundig ist oder wenn bei ihm ein eigenes wirtschaftliches Interesse im Spiel ist. Das Fehlen sonstiger vertraglicher Beziehungen schließt einen solchen haftungsbegründenden Auskunftsvertrag nicht aus; dieser kommt gerade mit der Erteilung der Auskunft zustande (BGHZ 7, 371, 374; BGH NJW 1962, 1500 Nr 6; 1970, 1737; 1972, 678; 1972, 1200; 1973, 321, 323; Urteil vom 6. November 1974 - VIII ZR 207/72 = LM BGB § 676 Nr 14 jeweils mit weiteren Nachweisen).

b) Diese Grundsätze sind auch auf Personen oder Unternehmen anzuwenden, die sich mit dem Vertrieb und der Vermittlung von Kapitalanlagen befassen. Sie wenden sich in aller Regel an mutmaßliche Interessenten mit ins einzelne gehenden Angaben über die von ihnen angebotenen Kapitalanlagen oder senden

solche detaillierten Darstellungen in Form von Prospekten auf Anfordern den künftigen Kapitalanlegern zu. Für diese bilden die ihnen so erteilten Auskünfte die wesentliche Grundlage für ihre Entscheidung, ob sie von dem ihnen unterbreiteten Angebot Gebrauch machen wollen. Sie sind auf die Auskünfte angewiesen, da sie regelmäßig keine Möglichkeiten haben, sich die nötigen zuverlässigen Informationen selbst zu verschaffen.

Auf der anderen Seite sind die Personen oder Unternehmen, die Kapitalanlagen vertreiben oder vermitteln, aufgrund ihrer Erfahrungen in dieser Branche sachkundig oder geben zumindest vor, es zu sein. Gewöhnlich sind sie auch in der Lage, Einblick in Unterlagen zu nehmen, auf die sich die von ihnen erteilten Auskünfte gründen. Zumindest können sie davon, daß ihnen das gewährt wird oder anderweitige Nachweise erbracht werden, ihre Vertriebstätigkeit und Vermittlungstätigkeit abhängig machen. Ihr eigenes wirtschaftliches Interesse liegt darin, sich die in diesem Gewerbebezweig nicht unerheblichen Provisionen zu verdienen.

Die Interessenlage erfordert es deshalb zum Schutz der Kapitalanleger, in der Erteilung von Auskünften durch Vermittler von Kapitalanlagen nicht nur einen gemäß § 676 BGB unverbindlichen Rat zu erblicken, sondern einen Vorgang, der die volle vertragliche Haftung des Auskunftgebers nach sich zieht (vgl auch BGHZ 70, 356 für den Herausgeber eines periodisch erscheinenden Börsendienstes; etwas anderes Lutter, Festschrift für Bärmann, 1975, S 605, 613/614, der insoweit § 98 HGB anwenden will).

c) So ist es auch hier.

Die Angaben, die die Beklagte in ihren Schreiben vom 6. und 13. Dezember 1971 in Verbindung mit den übersandten Prospekten über die KG gemacht hat, waren für den Kläger, der eine sichere Anlage für eine größere Geldsumme suchte, von erheblicher Bedeutung. Das war für die Beklagte auch erkennbar. Sie wollte den Kläger gerade durch die mitgeteilten Einzelheiten zu einer Beteiligung an der KG bewegen und hat eine solche Beteiligung ausdrücklich und „nachhaltig“ empfohlen. Dabei hat sie sich als erfahrene und erfolgreiche Vertriebsfirma für steuerbegünstigte Kapitalanlagen bezeichnet und damit ihre Sachkunde hervorgehoben. Da mit einem Erfolg ihrer Werbetätigkeit ansehnliche Provisionszahlungen verbunden waren, hatte die Beklagte auch ein eigenes wirtschaftliches Interesse daran, daß der Kläger der KG beiträt. Bei dieser Sachlage unterliegt es keinen Bedenken, wenn das Berufungsgericht annimmt, daß zwischen den Parteien ein Beratungsvertrag und Auskunftsvertrag zustandegekommen ist.

2. Die Beklagten haften dem Kläger aber auch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen.

Beide Anspruchsgrundlagen bestehen nebeneinander (BGH LM BGB § 676 Nr 14 und Senatsurteil vom 14. November 1968 - VII ZR 51/67 = WM 1969, 36).

a) Allerdings führte die Beklagte die Vertragsverhandlungen mit dem Kläger, aufgrund deren er der KG beitrug, nicht im eigenen Namen, sondern als Vertreter der KG. Trotzdem haftet die Beklagte. Die Verpflichtungen aus dem durch die Anbahnung von Vertragsverhandlungen eines Vertreters begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis treffen zwar grundsätzlich den Vertretenen. Anders kann es jedoch sein, wenn der Vertreter in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen und ihm das der Verhandlungsgegner auch entgegengebracht hat. Dann muß der Vertreter selbst für die Verletzung vorvertraglicher Pflichten, gerade etwa auch einer Verpflichtung zur Aufklärung, einstehen. Den Vertreter selbst in solchen Fällen für sein Verschulden bei Vertragsverhandlungen haften zu lassen, ist deswegen gerechtfertigt, weil er über das normale Verhandlungsvertrauen hinausgegangen ist, das bei der Anbahnung von Geschäftsbeziehungen meist gegeben ist. Damit hat er dem Verhandlungspartner eine zusätzliche, von ihm persönlich ausgehende Gewähr für das Gelingen des in Aussicht genommenen Rechtsgeschäfts geboten, die für den Willensentschluß des anderen Teils bedeutsam war. Ein solches dem Vertreter persönlich entgegengebrachtes besonderes Vertrauen kann zB in dessen außergewöhnlicher Sachkunde für den Vertragsgegenstand begründet sein, aber auch in seiner besonderen persönlichen Zuverlässigkeit (BGHZ 56, 81, 83f mit Nachweisen; 63, 382; 70, 337, 341; BGH NJW 1977, 1914, Urteil vom 17. März 1976 - VIII ZR 208/74 = LM BGB § 276 (A) Nr 14 = WM 1976, 614).

b) Aus diesem Grunde hat der II. Zivilsenat ausgesprochen, daß im Regelfall die das Management bildenden Initiatoren und Gründer einer Publikums-KG für die Vollständigkeit und Richtigkeit der mit ihrem Wissen und Willen in Verkehr gebrachten Werbeprospekte haften (BGHZ 71, 284; BGH NJW 1973, 1604). Ebenso können sich Personen schadensersatzpflichtig machen, die besonderen Einfluß in der Gesellschaft ausüben und Mitverantwortung tragen (BGH Urteil vom 16. November 1978 - II ZR 94/77 = WM 1979, 141 zum Abdruck in BGHZ bestimmt). Der II. Zivilsenat hat weiter entschieden, daß eine lediglich als Handelsvertreter tätig gewordene Anlagenvermittlungsgesellschaft bei mangelnder Aufklärung eines durch Prospekt geworbenen Käufers von Anteilen eines ausländischen Immobilien-Fonds selbst aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn sie den Erwerbern gegenüber besonderes Vertrauen in Anspruch genommen hat (BGH Urteil vom 10. April 1978 - II ZR 103/76 = WM 1978, 611).

Ähnliches gilt für Personen und Unternehmen, die sich mit dem Vertrieb oder der Vermittlung von Kapitalanlagen der hier in Frage stehenden Art befassen. Der vorzitierten Rechtsprechung des II. Zivilsenats liegt der allgemeine Rechtsgedanke zugrunde, daß für die Vollständigkeit und Richtigkeit der in Verkehr gebrachten Werbeprospekte einer Publikums-KG jeder einstehen muß, der durch von ihm in Anspruch genommenes und ihm auch entgegengebrachtes Vertrauen auf den Willensentschluß des Kapitalanlegers Einfluß genommen hat. Das sind einmal diejenigen, denen die Beitrittsinteressenten typischerweise ihr Vertrauen schenken,

mögen sie auch nur als Initiatoren, Gestalter oder Gründer der Gesellschaft auftreten. Dazu gehören aber auch diejenigen, die einen aus ihrer Person hergeleiteten zusätzlichen Vertrauenstatbestand geschaffen haben. Das kann gerade auf die Personen und Unternehmen zutreffen, die solche Beteiligungen vertreiben oder vermitteln, nämlich dann, wenn sie als in dieser Branche vielfältig erfahren und damit sachkundig auftreten, den Eindruck besonderer persönlicher Zuverlässigkeit erwecken und so für ihre Verhandlungspartner eine zusätzliche, wenn nicht gar die ausschlaggebende Gewähr für die Richtigkeit der in dem Werbeprospekt oder anderweit über die Kapitalanlage gemachten Angaben bieten (vgl dazu auch Nirk, Festschrift für Fritz Hauss, 1978, S 267, 283).

c) Einen solchen zusätzlichen Vertrauenstatbestand hat die Beklagte als Vertriebsfirma hier geschaffen, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler annimmt. Sie hat sich, als sie sich an den Kläger wandte, als einen „erfahrenen und seriösen Partner“ bezeichnet, der alle durch seine Hände gegangenen bedeutenden Vorhaben zur vollen Zufriedenheit seiner Kunden abgewickelt habe. Darüber hinaus hat sie mit der von ihr herausgestellten Angabe, das Objekt sei, bevor sie es in den Vertrieb aufgenommen habe, durch mehrere Wirtschaftsprüfer und Steuerfachleute geprüft worden, wie das bei allen ihren Angeboten geschehe, den Eindruck erweckt, besondere Sorgfalt walten zu lassen und damit auch besonders vertrauenswürdig zu sein.

Infolgedessen mußte die empfohlene Beteiligung an der KG dem Kläger vor allem deshalb unbedenklich erscheinen, weil sie von der Beklagten angeboten wurde. Deren persönlicher Einsatz für das Objekt gab den im Werbeprospekt und ihren Briefen gemachten Angaben besonderes Gewicht. Damit sind die Voraussetzungen für die eigene Haftung der Beklagten aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen erfüllt.

## II.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Beklagte habe die ihr obliegenden vertraglichen und vorvertraglichen Auskunftspflichten und Aufklärungspflichten schuldhaft verletzt.

Auch insoweit hält das Berufungsurteil den Angriffen der Revision der Beklagten stand.

1. Sowohl nach dem Auskunftsvertrag und Beratungsvertrag wie im Rahmen des durch die Anbahnung von Vertragsverhandlungen begründeten gesetzlichen Schuldverhältnisses war die Beklagte verpflichtet, die von ihr über die KG gegebenen Informationen, soweit sie für den Kläger für seinen Entschluß, der KG beizutreten, von Bedeutung sein konnten, sorgfältig und wahrheitsgemäß zu erteilen (BGH LM BGB § 676 Nr 14). Diese Verpflichtung hat die Beklagte verletzt.

Zumindest war die Angabe in ihren Schreiben vom 6. und 13. Dezember 1971 und in dem dem Kläger übersandten Emissionsangebot falsch, der Absatz der von der KG hergestellten Erzeugnisse sei schon vom Jahr der Aufnahme der Produktion an gesichert. Dabei handelt es sich nicht etwa um eine schlagwortartige Mitteilung, die, weil zu unbestimmt gefaßt, ein Interessent für eine Kapitalanlage nicht hätte ernst nehmen dürfen. In dem Werbeprospekt über die KG heißt es vielmehr detailliert, der Verkauf sei sowohl über den Einzelhandel als auch über Warenhäuser und Konzerne sichergestellt; es bestünden bereits jetzt verbindliche Zusagen eingeführter und erfolgreicher Vertriebsorganisationen im Inland und Ausland.

Dadurch wurde der Eindruck erweckt, es seien feste Abmachungen mit Abnehmern der von der KG hergestellten Strickwaren in einem Umfang getroffen worden, daß einer von Anfang an erfolgreichen Tätigkeit des zu gründenden Unternehmens nichts im Wege stehe. Solche fundierten Absatzerwartungen sind für jeden, der eine Beteiligung an einem solchen Unternehmen erwägt, von erheblicher Bedeutung. Tatsächlich lag keine Vertriebszusage vor, mit Ausnahme eines nur allgemein gehaltenen Angebots der P. L. GmbH in M., Strickwaren der KG gegen Verkaufsprovision zu vertreiben.

2. Die Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt.

a) Welche Anforderungen an die Sorgfaltspflicht dessen zu stellen sind, der Kapitalanlagen anbietet und dazu entsprechende Empfehlungen gibt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Das gilt vor allem dafür, in welchem Umfang er Nachforschungen über die Verlässlichkeit der von ihm erteilten Informationen anstellen muß. Insofern ist maßgebend, wie weit im konkreten Fall das schutzwürdige Vertrauen des Informationsempfängers auf die Richtigkeit der ihm gemachten Angaben reicht. Danach richtet sich, welche Nachforschungen er redlicherweise verlangen darf. Das gilt gleichermaßen für den selbständigen Beratungsvertrag wie für die im Rahmen eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses erteilten Auskünfte (BGH LM BGB § 676 Nr 14).

Eine erhöhte Sorgfaltspflicht trifft den Anlageberater, wenn er - wie hier in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat, das sich auf seine vielfältige Berufserfahrung und Sachkunde oder auf seine besondere persönliche Zuverlässigkeit gründet, so daß er eine zusätzliche Gewähr für die Richtigkeit der von ihm selbst oder in dem von ihm versandten Werbeprospekt gemachten Angaben bietet. Er muß eigene Ermittlungen anstellen und darf die Angaben Dritter nicht ungeprüft übernehmen und weitergeben. Er muß es umso mehr, wenn er sogar den Eindruck erweckt, das von ihm angebotene Objekt sei von ihm überprüft worden (vgl etwa BGHZ 70, 356, 362 und BGH WM 1978, 611).

b) Die Beklagte hatte dem Kläger gegenüber mehrfach betont, daß sie das hier in Frage stehende Objekt erst in ihren Vertrieb aufgenommen habe, nachdem es eingehend überprüft worden sei. So verfare sie immer. Deshalb mußte sie, wie

dargelegt, ihren Verhandlungspartnern als besonders vertrauenswürdig erscheinen. Dann aber durften diese erwarten, daß sie auch die Angaben zu den Absatzerwartungen selbständig überprüft und für richtig befunden hatte. Das hat sie, wie sie einräumt, nicht getan und damit fahrlässig gehandelt.

Daß sie anderen Angaben, die ihr von den Initiatoren der KG gemacht worden waren, nachgegangen ist und gewisse Sicherheiten für die Kommanditisten durchgesetzt hat, wie die Revision geltend macht, ist unmaßgeblich. Deshalb brauchte sich das Berufungsgericht mit dem Sachvortrag der Beklagten darüber nicht zu befassen und mußte auch die dazu angetretenen Beweise nicht erheben.

3. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht ein Mitverschulden des Klägers verneint.

Dabei kann offen bleiben, ob und inwieweit in Fällen der vorliegenden Art der Einwand des Mitverschuldens überhaupt durchgreifen kann, wenn der Empfänger eines Kapitalanlageangebots eigene Überprüfungen unterläßt, bevor er der ihm erteilten Empfehlung folgt (BGHZ 70, 356, 365 mit weiteren Nachweisen). Hier besaß der Kläger zwar als Strickwarenfabrikant in gewissem Umfang eigene Sachkunde, die ihm auch eine eigene Beurteilung ermöglicht haben könnte. Eigene Ermittlungen über die behauptete Sicherstellung des Absatzes waren von ihm aber nicht zu erwarten, nachdem die Beklagte die Beteiligung erst kurz vor Jahresende angeboten und auf alsbaldige Zeichnung gedrängt hatte, damit die Steuervorteile noch für das Jahr 1971 wahrgenommen werden könnten.

### III.

1. Das Berufungsgericht stellt fest, die falschen Angaben über die Sicherung des Absatzes der von der KG erzeugten Strickwaren seien ursächlich für den Beitritt des Klägers zur KG und damit für den Verlust seiner Einlage gewesen. Hätte er gewußt, daß in Wahrheit keine verbindlichen Zusagen von Kaufhäusern, Konzernen und Vertriebsorganisationen im Inland und Ausland vorlagen, am Verkauf der Waren mitzuwirken, so wäre er der KG nicht beigetreten. Die übrigen Angaben in den ihm von der Beklagten zugeleiteten Schriftstücken hätten ihn dazu nicht bewogen.

2. Diese tatrichterliche Überzeugungsbildung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Was die Revision der Beklagten dagegen vorbringt, greift nicht durch.

Die Würdigung des Berufungsgerichts widerspricht insbesondere nicht allgemeinen Erfahrungssätzen. So leuchtet es vor allem ein, daß sich ein Unternehmer aus der Textilbranche, wie der Kläger, der die Anfälligkeiten dieses Gewerbebezweiges kennt, an einem erst zu errichtenden Fabrikationsbetrieb nur beteiligt, wenn der Absatz der Erzeugnisse durch feste Vertriebszusagen gesichert ist. Entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten hat der Kläger in beiden Tatsacheninstanzen stets besonders auf diesen Gesichtspunkt abgestellt. Daß er

auch andere Angaben über die KG für falsch gehalten hat, spielt dabei keine entscheidende Rolle.

Ebenso wenig kommt es darauf an, welche Umstände im einzelnen zum Zusammenbruch der Firma geführt haben. Da es in Wirklichkeit an den Absatzmöglichkeiten fehlte, wie sie in den dem Kläger übersandten Schriftstücken fälschlich als durch „verbindliche Zusagen eingeführter und erfolgreicher Vertriebsorganisationen im Inland und Ausland“ gesichert dargestellt wurden, war das Unternehmen von Anfang an vom Scheitern bedroht. Die als besonders sicher und seriös angepriesene Beteiligung war im Gegenteil mit besonderen Risiken behaftet. Diesen Risiken wäre der Kläger entgangen, wenn er sich nicht an der später zahlungsunfähig gewordenen KG beteiligt hätte. Die falschen Angaben der Beklagten über die Absatzerwartungen sind daher für den dem Kläger durch den Verlust seiner Einlage entstandenen Schaden ursächlich geworden.

Auch ein Börseninformationsdienst kann in Schwierigkeiten kommen:

Gericht: BGH 8. Zivilsenat, Datum: 08.02.1978, Az: VIII ZR 20/77

Leitsatz

Zur Haftung des Herausgebers eines periodisch erscheinenden Börsendienstes gegenüber einem Abonnenten, wenn eine Anlageempfehlung ohne die gebotene Sorgfalt erstellt worden ist.

Fundstelle

BGHZ 70, 356-365 (LT1)

NJW 1978, 997-999 (LT)

JZ 1978, 398-400 (LT)

#### *v. Ausnutzung fremden Vertragsbruchs*

In diesen Fällen geht es um den Ausgleich von Vermögensschäden, die jemand im geschäftlichen Verkehr dadurch erleidet, dass sein Vertragspartner vertragsbrüchig wird und ein Dritter, der den Vertragsbruch kennt oder gar veranlasst hat, daraus für sich einen Vorteil zieht. Das relative Forderungsrecht aus dem Vertrag mit dem ungetreuen Vertragspartner genießt nicht den Schutz des sonstigen Rechts im § 823 Abs. 1 BGB. Der Schutz könnte nur über § 826 BGB oder über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gewährleistet werden. Allerdings muss man hier in besonderer Weise darauf achten, dass man nicht mit einer Entscheidung unserer Gesellschaft für den freien Wettbewerb in Konflikt gerät.



Wenn jemand sein Grundstück gültig zu einem bestimmten Preis verkauft, dann aber sich von einem weiteren Interessenten dazu überreden lässt, das Grundstück unter Bruch des bereits abgeschlossenen Vertrages zu einem höheren Preis ihm zu verkaufen und aufzulassen, so steht dem Erstkäufer ein Schadensersatzanspruch wegen der in dem Doppelverkauf liegenden Vertragsverletzung gegen den Verkäufer zu. Sollte der Verkäufer zahlungsunfähig oder der Ersatzanspruch gegen ihn aus anderen Gründen nicht durchsetzbar sein, bliebe nur noch ein Ersatzanspruch gegen den Zweitkäufer. Den aber wird es schwerlich geben. Denn in einer Wettbewerbswirtschaft besteht ein allgemeines Interesse daran, dass jedes Gut von demjenigen genutzt werden kann, der dafür den höchsten Preis zu zahlen bereit ist. Das ist hier der Zweitkäufer. Der Schutz des Erstkäufers beschränkt sich auf den Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer. Wenn der sich nicht realisieren lässt, gehört dies in die Risikosphäre des Erstkäufers. Aus der Perspektive des Zweitkäufers ist festzustellen, dass grundsätzlich jeder den Vorteil behalten darf, der ihm aus der Durchführung eines Vertrages erwächst, auch wenn er weiß, dass sein Vertragspartner den Vertrag nur unter Verletzung anderweitiger vertraglicher Verpflichtungen, die er Dritten gegenüber eingegangen ist, erfüllen kann. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur in solchen Fällen zu machen, in denen der Zweitkäufer den Vertragsbruch des Verkäufers durch irreführende Behauptungen, Täuschungen oder ein anderes von der Rechtsordnung missbilligtes Verhalten herbeigeführt hat.

Der Bundesgerichtshof hat das in folgender Weise zum Ausdruck gebracht:

Die Beteiligung eines Dritten an dem Vertragsbruch einer Vertragspartei kann beim Vorliegen besonderer Umstände eine zum Schadenersatz verpflichtende sittenwidrige Schädigung der anderen Vertragspartei sein. Dabei erzeugt freilich in keinem Fall lediglich die einfache Verletzung schuldrechtlicher Ansprüche eines anderen eine Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlung. Ein solcher Anspruch ist kein Recht, dessen schuldhaftige Verletzung schon allein eine Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 1 zur Folge hat. Es müssen vielmehr besondere Umstände gegeben sein, um das Verhalten des Dritten als eine sittenwidrige Schädigung erscheinen zu lassen und dabei eine Anwendung des § 826 BGB zu rechtfertigen. Das Reichsgericht hat unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt bei einem Kaufvertrag die Beteiligung an einem Vertragsbruch durch Abschluß eines neuen Kaufvertrages und durch Übereignung der zuvor bereits anderweit verkauften Sache dann als sittenwidrige Schadenszufügung angesehen, wenn das Verhalten des Schädigers sittlich besonders verwerflich war. Dabei hat das Reichsgericht gegebenenfalls in der Verleitung zum Vertragsbruch oder in dem planmäßigen Zusammenwirken des Dritten mit dem Vertragsbrüchigen solche besonderen Umstände erblickt, die das Verhalten des Schädigers als sittlich besonders verwerflich erscheinen lassen (BGHZ 12, 308, 317 f.)

Ähnliche Grundsätze hat der Bundesgerichtshof für den Bereich entwickelt, in dem es um die Abwerbung von Kunden eines Konkurrenten geht (BGH NJW 1960, 1853). Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs in DB 1973, 1229, wonach wettbewerbs- und sittenwidrig handelt, wer in Kenntnis der Tatsache, dass in einer Gastwirtschaft bereits ein Unterhaltungsautomat eines Mitbewerbers aufgestellt ist, mit dem Gastwirt einen Aufstellvertrag über Musik- und Spielautomaten abschließt, ohne sich zu vergewissern, dass dem nicht anderweitige vertragliche Verpflichtungen entgegenstehen, lässt sich wohl nur mit der Vermutung erklären, dass der BGB der notorischen Wildwestkonkurrenz im Automatenaufstellungsgewerbe einen Riegel verschieben wollte. Auch das Abwerben von Arbeitskräften ist grundsätzlich erlaubt (für eine Sondersituation vgl. BGH DB 1968, 39).

*vi. Insolvenzverschleppung und Gläubigergefährdung*

Um Fälle der Haftung wegen Konkursverschleppung handelt es sich dort, wo eine Bank - oder ein anderer Kreditgeber - zwar weiß, dass ihr Kreditnehmer insolvenzreif ist, sie ihm aber gleichwohl einen weiteren „unzureichenden oder den Todeskampf nur verlängernden“ Kredit gewährt, weil sie darauf spekuliert, dass andere Gläubiger das Unternehmen für überlebensfähig halten und Dispositionen treffen werden, die sich zum Vorteil der Bank auswirken können. Ebenso liegt es, wenn die Bank aus den gleichen Erwägungen heraus zwar nicht einen Kredit gewährt, aber die Stellung des Insolvenzantrags unterlässt und auf diese Weise den wirtschaftlichen Zusammenbruch des Unternehmens hinauszögert.

In BGH NJW 1970, 657 hatten zwei Gutsbesitzer im Jahre 1963 mit einer Konservenfabrik Anbauverträge geschlossen, nach denen sie ihre für den Sommer 1963 erwartete Gemüseernte an die Fabrik zu liefern hatten. Diese stand ihrerseits in Geschäftsverbindung mit ihrer Hausbank, die ihr umfangreiche Kredite gewährt und sich zu deren Sicherung u.a. die in das Eigentum der Fabrik gelangenden Gemüsemengen hatte übereignen lassen. Im August 1963 wurde die Konservenfabrik zahlungsunfähig. Beide Gutsbesitzer erlitten erhebliche Ausfälle, weil sie für das von ihnen gelieferte Gemüse nicht bezahlt wurden. Sie verlangten Ersatz von der Bank, indem sie geltend machten, sie habe von der Überschuldung der Fabrik im Jahre 1963 gewusst, habe aber gleichwohl stillgehalten in der Hoffnung, dass die Fabrik mit Gemüse auf Kredit beliefert werde und sich dies zum Vorteil der (dinglich gesicherten) Bank auswirken würde. In dem Urteil heißt es, dass

„eine Bank, die das Hinausschieben des nach den Verhältnissen (die sie meist am besten durchschaut) gebotenen Vergleichs- oder Konkursantrages durch ihr

Stillhalten und Weitergewähren des Kredits bewirkt oder duldet, dann sittenwidrig erklärt (handelt), wenn sie das nicht mehr in der Annahme tut, dass es sich nur um eine überwindbare und vorübergehende Krise gehandelt habe, sondern deshalb, um in rücksichtsloser und eigensichtiger Weise ihre Stellung bei dem in Kürze erwarteten Zusammenbruch auf Kosten der anderen Gläubiger zu verbessern ... Der anstößige Eigennutz der Bank liegt auf der Hand, wenn sie die um eigener Vorteile Willen bewirkte Hinausschiebung des Konkurses veranlasst, obwohl sie weiß oder doch billigend in Kauf nimmt, dass dadurch die Lieferanten des Unternehmens zu Schaden kommen können, während sie, weil deren neue Lieferungen Kraft des Sicherungsvertrages in ihr Eigentum übergehen, dadurch demnächst günstiger abschneiden kann“.

Neben der Insolvenzverschleppung hat sich in der Rechtsprechung ein weiterer Falltyp herausgebildet, in dem ebenfalls die Voraussetzungen einer gem. § 826 BGB zum Ersatz verpflichtenden Schädigung erfüllt sind. Es sind dies die Fälle der Gläubigergefährdung. Hier liegt es so, dass sich der Beklagte Sicherungen von seinem Schuldner hat einräumen lassen, die wegen ihres Umfangs und ihrer Undurchsichtigkeit die von ihm bewusst in Kauf genommene konkrete Gefahr mit sich bringen, dass nichtsahnende Kreditgeber zu Schaden kommen könnten. Zwar kommt es auch in diesen Fällen später meist zum Konkurs des Schuldners. Aber die Haftung wird hier nicht darauf gestützt, dass der Beklagte - meistens handelt es sich auch hier um eine Bank - den Konkurs des Schuldners verschleppt habe, sondern darauf, dass er sich übermäßige und undurchsichtige Sicherungen gewähren ließ und dadurch die (von ihm erkannte oder grob fahrlässig verkannte) Gefahr einer Schädigung anderer Gläubiger schuf, sei es, dass diese sich dadurch von der Beitreibung bereits begründeter Forderungen würden abhalten lassen, sei es auch, dass sie neue Forderungen gegen den Schuldner begründen würden (vgl. BGH WM 1962, 962, 965; BGH NJW 1970, 657, 659).

*vii. Streik*

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gewährt einem Unternehmer Schutz vor den schädlichen Folgen eines rechtswidrigen Streiks. Die Rechtswidrigkeit von Streikmaßnahmen wird nach den richterrechtlich festgelegten Regeln des Arbeitskampfrechts beurteilt. Dass sich da ein erhebliches Risiko für die Streikführer entwickeln kann, belegt die folgende Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts:

Gericht: BAG I. Senat, Datum: 21.06.1988, Az: 1 AZR 651/86

Leitsatz

3. Vom Streikrecht nicht gedeckt ist die Verhinderung des Zu- und Abgangs von Waren und Kunden sowie die Hinderung arbeitswilliger Arbeitnehmer am Betreten des Betriebes, soweit dies über das bloße Zureden, sich am Streik zu beteiligen, hinausgeht.

4. Handlungen anlässlich eines Streiks, die vom Streikrecht nicht gedeckt sind, machen den Streik als solchen nicht rechtswidrig. Sie verpflichten jedoch zum Ersatz des Schadens, der gerade durch diese Handlungen entstanden ist.

Fundstelle

BAGE 58, 364-394 (LT1-5)

NJW 1989, 57-61 (LT1-5)

JZ 1989, 85-91 (LT1-5)

Rechtszug:

vorgehend LArbG Stuttgart 1986-10-29 3 Sa 5/86

vorgehend ArbG Reutlingen 1986-01-14 2 Ca 175/85

Zum Sachverhalt (vereinfacht):

Der Betrieb der Klägerin wurde im Rahmen eines, von der Bekl. Gewerkschaft ausgerufenen, Warnstreiks bestreikt.

Dabei blockierten Streikposten die Kunden-, Personal- und Lieferanteneingänge und hinderten so Kunden und Arbeitswillige Mitarbeiter am Betreten des Betriebes. Außerdem wurden Schaufenster mit Plakaten beklebt.

Die Kl. verlangt von der bekl. Gewerkschaft Ersatz des durch diese, vom Streikrecht nicht gedeckten Handlungen entstandenen Schadens.

Aus den Gründen:

Das Recht zum Streik beinhaltet das Recht, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu verweigern. Vom Streikrecht mit umfaßt ist auch der Versuch und gegebenenfalls das Gelingen des Versuchs, neue, dem bestreikten Betrieb bisher nicht zugehörige Arbeitskräfte mit Mitteln des gütlichen Zuredens und des Appells an die Solidarität von der Aufnahme der Arbeit im bestreikten Betrieb abzuhalten (Urteil des Senats vom 20. Dezember 1963 - 1 AZR 157/63 - AP Nr. 34 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Dementsprechend ist vom Streikrecht auch umfaßt der Versuch, Arbeitnehmer des bestreikten Betriebes, die sich dem Streik bislang noch nicht angeschlossen haben, zur Teilnahme am Streik zu bewegen, sofern dieser Versuch mit Mitteln des gütlichen Zuredens und des Appells an die Solidarität erfolgt (Seiter, aaO, S. 520 f.; Löwisch, AR-Blattei, Arbeitskampf VI unter A II 2 a; LAG Köln vom 2. Juli 1984 - 9 Sa 602/84 - EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 53 = NZA 1984, 402). Handlungen, die darüber hinausgehen und

gar strafrechtlich geschützte Interessen des Arbeitgebers oder Dritter verletzen, werden durch das Streikrecht nicht gerechtfertigt (BGH Urteil vom 19. Oktober 1954 - 5 StR 171/54 - AP Nr. 1 zu § 125 StGB). Unzulässig ist danach auch die Verhinderung des Zu- und Abgangs von Waren und Kunden (RGZ 76, 35; Seiter, aaO, S. 522) sowie die Behinderung arbeitswilliger Arbeitnehmer am Betreten des Betriebes durch Maßnahmen, die über bloßes Zureden, sich am Streik zu beteiligen, hinausgehen (Löwisch, aaO; LAG Köln, aaO).

Solche Handlungen stellen sich ebenso wie ein rechtswidriger Streik als solcher als eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des bestreikten Arbeitgebers und damit als unerlaubte Handlung im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB dar (ständige Rechtsprechung des Senats, BAGE 41, 209, 222 = AP Nr. 76 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, zu A II 2 der Gründe; BAGE 46, 322 = AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAGE 48, 160, 165 = AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, zu II 1 der Gründe). Der Geschädigte kann Ersatz des ihm durch diese unerlaubte Handlung entstandenen Schadens verlangen.

Wenn die Beklagten geltend machen, in einen rechtmäßig bestreikten Betrieb könne nicht mehr durch unerlaubte Handlung eingegriffen werden, weil der Betrieb durch den Streik funktionslos geworden sei und nicht weiter ausgeübt werden könne, so kann dem nicht gefolgt werden. Diese Annahme mag dann zutreffen, wenn alle Arbeitnehmer des Betriebes sich am Streik beteiligen und ohne Arbeitnehmer eine weitere Betriebstätigkeit in keiner Weise denkbar ist. Solange nicht alle Arbeitnehmer streiken, vielmehr Arbeitswillige vom Betreten des Betriebes durch mehr als gütliches Zureden abgehalten, der Zu- und Abgang von Kunden und Waren verhindert werden, stellen sich diese Handlungen als Verhinderung der trotz des Streiks noch möglichen Ausübung des Betriebes und seiner Funktion dar und sind damit als eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu werten.

#### *viii. Abschneiden von Verkehrswegen und Versorgungseinrichtungen*

Wie der Fleet-Fall und die Kabelfälle belegen, gewährt die Rechtsprechung derzeit keinen Schutz für das Abschneiden von Verkehrswegen und Versorgungseinrichtungen über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

#### *ix. Zugangssperren*

Schon die Streikentscheidung des Bundesarbeitsgerichts hat ausgeführt, dass es den Streikenden verwehrt sei, den Zugang zu dem bestreikten Unternehmen für arbeitswillige Arbeitnehmer und Lieferanten mit Gewalt zu versperren. Dieser Grundsatz lässt sich für jede Art der Gewaltausübung verallgemeinern. Die körperliche Behinderung ist verboten. Erlaubt ist allenfalls die Einflussnahme auf

die Entscheidung derjenigen, die Zutritt zu dem bestreikten oder boykottierten Unternehmen suchen.

*x. Boykott*

Den Aufruf zum Boykott eines Unternehmens hatten die Zivilgerichte zunächst ganz allgemein als einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb angesehen. Sie mussten sich insoweit durch das Bundesverfassungsgericht korrigieren lassen. Danach gilt für den Boykottaufruf ohne wettbewerbliche Zielsetzung und ohne Ausübung wirtschaftlichen Drucks der Schutz durch die Meinungsäußerungsfreiheit. Dies ist das Ergebnis der berühmten Lüth-Entscheidung des BVerfG, deren Leitsätze im folgenden wiedergegeben werden:

Gericht: BVerfG 1. Senat, Datum: 15.01.1958, Az: 1 BvR 400/51

Leitsatz

1. Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.
2. Im bürgerlichen Recht entfaltet sich der Rechtsgehalt der Grundrechte mittelbar durch die privatrechtlichen Vorschriften. Er ergreift vor allem Bestimmungen zwingenden Charakters und ist für den Richter besonders realisierbar durch die Generalklauseln.
3. Der Zivilrichter kann durch sein Urteil Grundrechte verletzen (§ 90 BVerfGG), wenn er die Einwirkung der Grundrechte auf das bürgerliche Recht verkennt. Das Bundesverfassungsgericht prüft zivilgerichtliche Urteile nur auf solche Verletzungen von Grundrechten, nicht allgemein auf Rechtsfehler nach.
4. Auch zivilrechtliche Vorschriften können „allgemeine Gesetze“ im Sinne des Art 5 Abs 2 GG sein und so das Grundrecht auf Freiheit der Meinungsäußerung beschränken.
5. Die „allgemeinen Gesetze“ müssen im Lichte der besonderen Bedeutung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung für den freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt werden.
6. Das Grundrecht des Art 5 GG schützt nicht nur das Äußern einer Meinung als solches, sondern auch das geistige Wirken durch die Meinungsäußerung.
7. Eine Meinungsäußerung, die eine Aufforderung zum Boykott enthält, verstößt nicht notwendig gegen die guten Sitten im Sinne des § 826 BGB; sie kann bei

Abwägung aller Umstände des Falles durch die Freiheit der Meinungsäußerung verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

Fundstelle

BVERFGE 7, 198-230 (LT)

JZ 1958, 208 (LT)

NJW 1958, 257 (LT)

Rechtszug:

vorgehend LG Hamburg 1951-11-22 15 O 87/51

Wenn dagegen hinter einem Boykottaufruf die Ausübung wirtschaftlicher Macht und wirtschaftlichen Drucks steht, so handelt es sich um einen verbotenen Eingriff in das Recht am Unternehmen. Das ist das Ergebnis der „Blinkfuer“-Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 25, 256) und wird auch vom BGH heute so gesehen (Verbot eines Aufrufs zum Reparaturboykott für Uhren aus Kaffeeröstereien BGH NJW 1985, 60).

Gericht: BGH 1. Zivilsenat, Datum: 02.02.1984, Az: I ZR 4/82

Orientierungssatz

Ein aktiver Beitrag zum Wettbewerbsverhalten in Gestalt einer suggestiv gemeinten Verhaltensanweisung an Wettbewerber, Kunden eines Konkurrenten nicht zu bedienen, haben, auch wenn sie als „Vorschläge“ oder „Anregungen“ formuliert sind, den Charakter eines Boykottaufrufs und können nicht als durch GG Art 5 geschützte bloße Meinungsäußerungen angesehen werden.

Fundstelle

WM IV 1984, 705-707 (LT1)

NJW 1985, 60-62 (LT1)

Rechtszug:

vorgehend KG Berlin 1981-10-09 5 U 3319/80

vorgehend LG Berlin 1980-05-30 15 O 133/80

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich ein Großunternehmen gegen die Aufforderung eines Publikationsorgans an seine Vertragspartner zum kollektiven Vertragsbruch mit der Unterlassungsklage zur Wehr setzen könne (Aufforderung zum Mietboykott), war Gegenstand der folgenden Entscheidung des BGH:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 29.01.1985, Az: VI ZR 130/83

Leitsatz

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen sich ein Großunternehmen gegen die Aufforderung eines Publikationsorgans an seine Vertragspartner zum kollektiven Vertragsbruch mit der Unterlassungsklage zur Wehr setzen kann (Aufforderung zum „Mietboykott“).

Orientierungssatz

1. Der Aufruf zum organisierten Vertragsbruch durch massenhaften „Mietboykott“ (Verweigerung der Mietzinszahlung) stellt einen Eingriff in den Betrieb eines mit der Verwaltung von Wohnungen befaßten Unternehmens dar.

2. Im Falle einer gegen den betrieblichen Organismus gerichteten Aufforderung zum kollektiven Vertragsbruch, dem der dem Betroffenen aus seiner Vertragsposition zustehende Rechtsschutz faktisch nicht gewachsen ist, entspricht es dem Schutzgedanken des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, dem Betroffenen die Möglichkeit zu erhalten, wirksam, dh in derartigen Fällen schon im organisatorischen Vorfeld, gegen die Quelle der Störung der Vertragsbeziehungen (mit der Unterlassungsklage) einzuschreiten.

Fundstelle

WM IV 1985, 760-762 (LT1)

JZ 1985, 587-588 (LT1)

NJW 1985, 1620-1621 (LT1)

Rechtszug:

vorgehend KG Berlin 1983-04-26 9 U 2449/82

vorgehend LG Berlin 1982-02-16 27 O 427/81

nachgehend BVerfG 1987-10-27 1 BvR 385/85

Tatbestand

Die Klägerin verwaltet in B. mehr als 30.000 Mietwohnungen, die ihr zum Teil gehören. Ihre Mieteinnahmen betragen etwa 9 Millionen DM monatlich. Die Erstbeklagte betreibt in B. einen Verlag, in dem „Die T-zeitung“ (taz) mit einer Auflage von etwa 10.000 Exemplaren erscheint. In der Ausgabe der „taz“ vom 24. September 1981 erschien in der Aufmachung einer Anzeige ein Aufruf zum „Mietboykott für Mieter der NN“. Verfasserin dieses Aufrufs ist die zweitbeklagte Redakteurin der Erstbeklagten. In dem Aufruf heißt es:



„Aus Protest gegen die Wohnungspolitik der NN und angesichts der geräumten und verwüsteten Häuser fordere ich alle diejenigen auf, die mit ihrer Miete die Städte-Zerstörung der NN unterstützen, diese Miete für 1 Monat auf ein Sperrkonto zu überweisen. Wir Mieter erklären unsere NN-Wohnungen für einen Monat lang für besetzt.“

In der Ausgabe der „taz“ vom 28. September 1981 erschien unter dem Hinweis „Mietboykott“ ein weiterer Artikel mit der Überschrift „Wir zahlen für 1 Monat keine Miete an die NN“. Dieser Artikel wird mit folgendem Text eingeleitet:

„In der taz vom 24.9. war in einem Aufruf Widerstand gegen die Wohnungspolitik der NN gefordert worden. „Einen Monat lang keine Miete für die NN“. Auf die Anzeige meldeten sich Mieterläden und Mieterinitiativen, insgesamt etwa 30 Leute, die sich an dem Boykott beteiligen wollen. Ein Rechtsanwalt machte sich Gedanken zu einer möglichen juristischen Begründung.“

Es folgen Ausführungen zur rechtlichen Problematik des „Mietboykotts“ sowie das Muster eines Schreibens, mit dem die Mieter der Klägerin u.a. mitteilen sollten, daß sie wegen deren Wohnungspolitik ein Zurückbehaltungsrecht ausüben und eine Monatsmiete auf ein Sperrkonto überweisen.

Die Klägerin erblickt in dem Aufruf zum „Mietboykott“ einen rechtswidrigen Eingriff in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Sie hat die Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung der Aufforderung zum „Mietboykott“ sowie die Verurteilung der Erstbeklagten zur Veröffentlichung einer Mitteilung begehrt, in der die Erstbeklagte ihren Lesern und Mietern der NN empfehlen sollte, dem Aufruf zum „Mietboykott“ nicht zu folgen und die Mieten vertragsgemäß zu zahlen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat in den Veröffentlichungen zwar Eingriffe in den Gewerbebetrieb der Klägerin erblickt, jedoch die Auffassung vertreten, daß diese Eingriffe durch das Recht der freien Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 GG gerechtfertigt seien.

Auf die Berufung der Klägerin hat das Kammergericht der Unterlassungsklage stattgegeben, die Berufung jedoch zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Verneinung eines Anspruchs der Klägerin gegen die Erstbeklagte auf Veröffentlichung einer Empfehlung an die Leser der „taz“ und Mieter der NN wendet.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts erstreben.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hält den Aufruf der Zweitbeklagten in der Ausgabe der „taz“ vom 24. September 1981 für einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin, für den auch dann,

wenn der Aufruf als eine außerhalb des redaktionellen Teils erschienene Anzeige aufzufassen sei, die Erstbeklagte als Verlegerin mitverantwortlich sei. Für ein Unternehmen, das - wie die Klägerin - in großem Umfang Wohnraum vermietet, bedeute die in einem Publikationsorgan erscheinende Aufforderung an die Mieter, für einen Monat die Miete auf ein Sperrkonto zu zahlen, eine vorsätzliche Gefährdung der wirtschaftlichen Betätigung und damit einen betriebsbezogenen Eingriff in den Gewerbebetrieb. Dieser Eingriff sei auch rechtswidrig; er werde nicht durch das Grundrecht der Beklagten auf freie Meinungsäußerung gerechtfertigt. Zwar seien die Beklagten durchaus befugt, die „Wohnungspolitik“ der Klägerin öffentlich in der Presse zu kritisieren, vorausgesetzt, die Kritik erfolge durch Argumente. Dies sei aber nicht geschehen, vielmehr hätten die Beklagten auf die Klägerin wirtschaftlichen Druck auszuüben versucht, um sie zu einer Änderung ihres „wohnungspolitischen“ Verhaltens zu nötigen. Der Aufruf sei eine Aufforderung zur Rechtsverletzung, die das Recht auf freie Meinungsäußerung nicht gestatte. Es bestehe die Gefahr, daß die Beklagten den beanstandeten Aufruf ungeachtet der geringen Resonanz, den er in der Vergangenheit gefunden habe, wiederholten.

II. Diese Erwägungen halten den Angriffen der Revision im Ergebnis stand. Mit Recht hat das Berufungsgericht den Aufruf zum „Mietboykott“ als rechtswidrigen Eingriff der Beklagten in den Gewerbebetrieb der Klägerin gewertet, gegen den sich die Klägerin gem. §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB mit der vorbeugenden Unterlassungsklage zur Wehr setzen kann.

1. Allerdings erfaßt der deliktische Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes nur betriebsbezogene Eingriffe (BGHZ 55, 153, 161; 59, 30, 35; 69, 128, 139; vgl. ferner Steffen in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 823 Rdn. 41 m.w.N.). Er betrifft damit nur spezifische Eingriffe, die sich gegen den betrieblichen Organismus oder die unternehmerische Entscheidungsfreiheit richten. Dabei muß es sich um Eingriffe handeln, denen eine Schadensgefahr eigen ist, die über eine bloße Belästigung oder eine sozialübliche Behinderung hinausgeht. Um einen solchen Eingriff handelt es sich aber hier.

Die Mieter der Klägerin, an die sich der Aufruf zum „Mietboykott“ richtete, sollten die Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtung zur Mietzinszahlung für einen Monat verweigern. Durch die beabsichtigte massenhafte Zahlungsverweigerung, die schlagartig einsetzen sollte, sollte nach den Vorstellungen der Zweitbeklagten die Organisation der Klägerin spürbar getroffen werden. Eine solche Aufforderung zum organisierten Vertragsbruch ist angesichts der Eigenart des Betriebes der Klägerin ihrer Natur nach nicht unerheblich. Die gewerbliche Tätigkeit der Klägerin ist auf die Verwaltung von Wohnungen ausgerichtet. Die unerwartete und plötzliche Notwendigkeit, in einer Vielzahl von Fällen die Mieter zur Erfüllung ihrer Vertragspflichten zu zwingen, hätte die Klägerin vor eine zusätzliche Aufgabe gestellt, auf die sie nicht vorbereitet war. Diese zusätzliche Belastung des betrieblichen Organismus der Klägerin war das Ziel des Aufrufs. Zwar geht der Senat im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts nicht davon aus, daß

diese Belastung und die mit ihr verbundene Vorenthaltung eines Teiles der Mieteinnahmen, selbst wenn sie das von der Verfasserin des Aufrufs erhoffte Ausmaß erreicht hätte, die Grundlage und den Bestand des Gewerbebetriebes der Klägerin zu bedrohen vermochten. Die mit der Aufforderung zum „Mietboykott“ bezweckte Belastung der betrieblichen Tätigkeit der Klägerin war jedoch nach ihrer Anlage durchaus geeignet, die Abläufe im Betrieb der Klägerin in empfindlicher Weise zu stören.

Der beanstandete Aufruf sollte die Störaktion ins Werk setzen; er ist - nicht anders als die geplante Störaktion selbst - als betriebsbezogener Angriff auf die Klägerin zu bewerten. Seine geringe Resonanz war nicht ohne weiteres vorauszusehen; insoweit konnte das Berufungsgericht zu Recht in der Aufforderung selbst eine ernst zu nehmende Bedrohung für die Klägerin sehen. Dieser Eingriff ist auch der Erstbeklagten als Verlegerin zuzurechnen, und zwar auch dann, wenn der Aufruf wegen seiner für einen redaktionellen Beitrag ungewöhnlichen Erscheinungsform als Anzeige aufzufassen wäre (BGHZ 59, 76, 78/82).

2. Der Anspruch der Klägerin auf Unterlassung des Aufrufs zum „Mietboykott“ scheidet auch nicht an der Subsidiarität des Unternehmensschutzes.

Das von der Rechtsprechung entwickelte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist ein „Auffangtatbestand“, auf den Ansprüche nur gestützt werden können, wenn dies geboten ist, um eine sonst bleibende Lücke im Rechtsschutz zu schließen (vgl. BGHZ 45, 296, 307; 59, 30, 34; 65, 325, 328; 69, 128, 138 f.). Dabei ist zu beachten, daß der Deliktsschutz des Gewerbebetriebes nicht in einen allgemeinen deliktischen Vermögensschutz für Gewerbetreibende ausufern darf, der eine nicht gerechtfertigte haftungsrechtliche Privilegierung des Unternehmens zur Folge hätte (BGHZ 90, 113, 123). Insbesondere gilt es zu verhindern, daß vertragliche Positionen auf dem Umweg über den Schutz des Gewerbebetriebes in den deliktischen Schutzbereich gelangen. Deshalb wird der Aufforderung zum Vertragsbruch in der Regel nicht mit der Geltendmachung des Rechts am Gewerbebetrieb begegnet werden können.

Im Streitfall ist davon auszugehen, daß eine nachhaltige Verweigerung der vertraglichen Pflichten durch eine ins Gewicht fallende Zahl von Mietern ins Auge gefaßt war; denn nur sie hätte nach den Vorstellungen der Zweitbeklagten das erklärte Ziel, der „Wohnungspolitik“ der Klägerin ein allseits beachtetes Zeichen entgegenzusetzen, erreichen können. Wäre entsprechend der Zielsetzung der Zweitbeklagten auch nur ein nicht unerheblicher Teil der Mieter der Klägerin der Aufforderung zum „Mietboykott“ gefolgt, so hätte die Klägerin die Durchsetzung ihrer Ansprüche - wie sie unbestritten vorgetragen hat - vor Probleme gestellt, die sie mit ihrem für eine solche unvorhersehbare Belastung nicht organisierten Geschäftsbetrieb nur schwer hätte bewältigen können. In einem solchen Fall der gegen den betrieblichen Organismus gerichteten Aufforderung zum kollektiven Vertragsbruch, dem der dem Betroffenen aus seiner Vertragsposition zustehende Rechtsschutz faktisch nicht gewachsen ist, entspricht es dem Schutzgedanken des

Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, dem Betroffenen die Möglichkeit zu erhalten, wirksam, d.h. in derartigen Fällen schon im organisatorischen Vorfeld, gegen die Quelle der Störung der Vertragsbeziehungen einzuschreiten.

3. Gegenüber dem Interesse der Klägerin an der Abwehr der ihrem Gewerbebetrieb durch den Aufruf zum „Mietboykott“ drohenden Beeinträchtigung können sich die Beklagten nicht mit Erfolg auf ihre Grundrechtspositionen aus Art. 5 Abs. 1 GG berufen. Zwar stehen die Erstbeklagte als Verlegerin und die Zweitbeklagte als Journalistin unter dem Schutz der Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG; überdies machte die Zweitbeklagte mit der Veröffentlichung ihres Aufrufs von ihrem Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit Gebrauch (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG). Der Grundrechtsschutz kommt hier aber nicht zum Tragen, weil die Zweitbeklagte ihre Ziele mit Mitteln durchzusetzen versuchte, die der Grundrechtsschutz nicht deckt.

Ihr Ziel war die Bekämpfung der „Wohnungspolitik“ der Klägerin. Art. 5 Abs. 1 GG gab ihr zwar das Recht, sich für dieses Ziel innerhalb der Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG publizistisch einzusetzen. Dabei setzten ihr aber die Grundrechte in der Wahl der Mittel der Zielverfolgung Grenzen. Sie beschränkten sie auf den Einsatz von Argumenten. Zwar gestatteten ihr die Grundrechte, ihren Standpunkt in der Öffentlichkeit nachdrücklich und wirkungsvoll zu vertreten; insoweit brauchte sie sich zur Schonung der Klägerin keine Zurückhaltung aufzuerlegen. Jedoch decken die Gewährleistungen in Art. 5 Abs. 1 GG nur den Einsatz von Mitteln, die der Durchsetzung des eigenen Standpunktes in der geistigen Auseinandersetzung adäquat sind. Der Rechtsbruch, sei es auch in der Form des Vertragsbruchs, ist kein von Art. 5 Abs. 1 GG geschützter Weg, die eigene Überzeugung durchzusetzen. Deshalb wird auch die Aufforderung der Beklagten zur kollektiven Verletzung der Mietverträge von der Meinungs- und Pressefreiheit nicht gedeckt.

4. Die weiteren Voraussetzungen der vorbeugenden Unterlassungsklage insbesondere die Wiederholungsfahr - hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt. Dies greift die Revision auch nicht an.

#### *xi. Kritik gewerblicher Leistungen*

Die öffentliche Kritik gewerblicher Leistungen hat eine außerordentlich bewegte Geschichte in der Rechtsprechung. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hielt sich an die BGB-Regelung gebunden. Danach konnte das Unternehmen gegenüber unzutreffenden Tatsachenbehauptungen nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 186, 187 StGB und nach § 824 BGB geschützt werden. Bei Werturteilen und Meinungsäußerungen kam ein Schutz nur nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 185 StGB und § 826 BGB in Betracht. Das Reichsgerichts hatte es immer abgelehnt, in der Kritik gewerblicher Leistungen einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu sehen.

Mit dieser Rechtsprechung brach der BGH in der Constanze-Entscheidung (BGHZ 3, 270). Hier findet sich die Ausdehnung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gegenüber den bestandsgefährdenden Eingriffen auf auch die übrigen Erscheinungsformen des Gewerbebetriebs, wozu der gesamte gewerbliche Tätigkeitskreis zu rechnen sei. Allerdings sollte der Schutz begrenzt sein auf unmittelbare Störungen.

Mit diesem Ausgangspunkt kam es alsdann zur Entwicklung der sogen. Constanze-Doktrin. Die lässt sich dahin zusammenfassen, dass gewerbeschädigende Äußerungen grundsätzlich unzulässige Eingriffe in das Recht einer störungsfreien Entfaltung des gewerblichen Tätigkeitskreises seien. Die Widerrechtlichkeit sei nur ausgeschlossen, bei sachlicher Kritik (Art. 5 Abs. 1 GG) und bei Wahrnehmung berechtigter Interessen (Argument aus § 193 StGB). Nur solche Kritik war erlaubt, die sich objektiv nach Inhalt, Form und Begleitumständen als das gebotene und notwendige Mittel zur Erreichung eines rechtlich gebilligten Zweckes darstellte.

Gericht: BGH 1. Zivilsenat, Datum: 26.10.1951, Az: I ZR 8/51

Leitsatz

1. Geschäftsschädigende Werturteile können, auch wenn sie nicht zu Wettbewerbszwecken erfolgen, einen unmittelbaren Eingriff in das nach BGB § 823 Abs 1 geschützte Recht an der ungestörten Ausübung eines eingerichteten Gewerbebetriebes darstellen.
2. Der Rechtsgedanke des StGB § 193, der auf dem Gebiet des Ehrenschutzes einen Rechtfertigungsgrund gewährt, muß bei Prüfung der Widerrechtlichkeit des Eingriffs sinngemäß auch auf gewerbestörende Werturteile zur Anwendung kommen.
3. Nach dem für alle Fälle des Interessenwiderstreits geltenden Grundsatz der Güterabwägung und Pflichtenabwägung sind rechtsverletzende Äußerungen nur dann durch die Wahrung berechtigter Interessen gerechtfertigt, wenn sie nach Inhalt, Form und Begleitumständen zur Erreichung eines rechtlich gebilligten Zweckes objektiv erforderlich sind. Ein Irrtum über die Notwendigkeit der Schwere und des Ausmaßes des Eingriffs in ein geschütztes Rechtsgut schließt, wenn er entschuldbar ist, nur die Schuld des Verletzers, nicht aber die Widerrechtlichkeit des objektiv übermäßigen Eingriffs aus.

Fundstelle

BGHZ 3, 270-285 (LT1-4)

Tatbestand

Im Verlag der Klägerin erscheint die Frauenzeitschrift „C.“. Die Beklagte ist Verlegerin der Wochenzeitschrift „Kirche und Leben, Kirchenblatt für das Bistum M.“. Jeder Nummer dieses Kirchenblattes wird in jedem Dekanat eine dort verfaßte und gedruckte „Dekanatsbeilage“ beigelegt, in der vornehmlich Anzeigen sowie die Gottesdienstordnung und sonstige kirchliche Nachrichten des jeweiligen Dekanats veröffentlicht werden. In der Dekanatsbeilage für O. wurde mit der Überschrift „Die Lesemappe des P.-Ringes in jede Familie“ ein Artikel veröffentlicht, in welchem an der sittlichen Haltung der in der Nachkriegszeit erschienenen illustrierten Zeitschriften Kritik geübt wird. In diesem Artikel sind u.a. die Wendungen enthalten: die Verleger machten mit dem scheinbaren Zusammenbruch der Begriffe von Anstand und Würde ihre Geschäftchen; sie vertauschten die saubere kaufmännische Werbung und Absatzkalkulation mit der gewissenlosen Spekulation auf die primitiven Instinkte eines müde gewordenen Volkes; die Frauenzeitschrift „C.“ der Klägerin sei eine Blüte aus dem Sumpf der fragwürdigen Kulturerzeugnisse nach Art der Magazine zu nennen; der christliche Leser der Frauenzeitschrift „C.“ vergesse mit dem Empfang der Zeitschrift, was er der Ehre seiner Frau und Tochter, und was er der Erziehung seiner heranwachsenden Kinder schuldig sei. Im Anschluß daran heißt es, der Christ könne sich aus anderen Zeitschriften ein Bild von der Welt machen und er habe die Möglichkeit, diesen Dingen gegenüber einen neuen Standpunkt zu beziehen. Seit ein paar Monaten erscheine auf Wunsch des Bischofs wöchentlich regelmäßig die Lesemappe des P.-Ringes, die an Reichhaltigkeit, Aktualität und Aufmachung den Erzeugnissen anderer Unternehmen nicht nachstehe und sie an Preiswürdigkeit übertreffe. Es werden sodann eine Reihe von Zeitschriften benannt, die eine „bunte Kette“ bildeten, an der jeder verantwortlich denkende Christ Freude und Entspannung durch besinnliche Minuten an Abenden und Feiertagen finden könne. Auskunft über diese Lesemappe erteile jedes Pfarramt oder die Geschäftsstelle des P.-Ringes (Angabe der Anschrift).

Die in diesem Artikel angeführte Lesemappe des „P.-Ringes“ wird von dem „Katholischen L. eV“ in M. vertrieben, dem auch ein etwaiger Reingewinn zufließt. Der „P.-Ring“ und der „Katholische L. eV“ sind von der Beklagten wirtschaftlich unabhängig.

Der oben erwähnte Artikel aus der Dekanatsbeilage ist ohne Benennung eines Verfassers erschienen. Die Klägerin macht für die in diesem Artikel gegen sie und ihre Zeitschrift enthaltenen Äußerungen die Beklagte verantwortlich, der sie Verstöße gegen § 1, 14 UnlWG und Art V Nr 9 lit c Ziff 4 BritMilRegVO Nr 78 sowie gegen §§ 823, 824, 826 BGB und § 11 des Pressegesetzes zur Last legt. Die Beklagte hat von dem beanstandeten Artikel erst nach seinem Erscheinen Kenntnis erhalten, sie hat jedoch erklärt, daß sie für den Artikel in vollem Umfang eintrete und es ablehne, die in ihm zum Ausdruck kommende Kritik an der Zeitschrift der Klägerin zurückzunehmen.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zur Unterlassung und zum Widerruf der oben mitgeteilten Äußerungen zu verurteilen. Sie hat ferner Feststellung der

Schadensersatzpflicht sowie Veröffentlichungsbefugnis hinsichtlich des Urteils begehrt.

Beide Tatsacheninstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Entscheidungsgründe

I. Es kann von der Revision nicht mit Erfolg beanstandet werden, daß das Berufungsgericht in den strittigen Äußerungen Werturteile und nicht Tatsachenbehauptungen im Sinne von § 14 UnlWG, § 824 BGB, § 186, 187 StGB erblickt hat. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß sich unter der Form eines Urteils die Behauptung einer Tatsache verbergen kann. Wenn es auch der vom Gesetzgeber beabsichtigte Ehrenschatz gebietet, die fließende Grenze zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen oder bloßen Meinungsäußerungen zugunsten der Tatsachenbehauptungen möglichst weit zu ziehen, weil sich letztlich jedes Urteil auf äußere oder innere Tatsachen stützt, so bleibt doch Voraussetzung, daß das abfällige Urteil greifbare, dem Beweis zugängliche Geschehnisse zum Ausgang nimmt, da andernfalls ein Wahrheits- oder Unwahrheitsbeweis, wie ihn § 186 StGB, § 824 BGB und § 14 UnlWG vorgesehen, begrifflich ausgeschlossen ist. Die Revision geht nun selbst davon aus, daß für die von ihr beanstandeten Äußerungen ein Wahrheitsbeweis überhaupt nicht erbracht werden kann. Dem Wahrheitsbeweis nicht zugängliche Bewertungen, die nicht auf bestimmte nachprüfbare Handlungen Bezug nehmen, fallen aber gerade nicht unter die Tatsachenbehauptungen im Sinne der genannten Gesetzesvorschriften. Es ist der Revision zwar zuzugeben, daß der Vorwurf übler Geschäftemacherei eine Tatsachenbehauptung enthalten kann. Im vorliegenden Fall stützt sich dieser Vorwurf aber nicht auf bestimmte Einzelvorgänge, sondern wird damit begründet, daß die fraglichen Geschäfte „mit dem scheinbaren Zusammenbruch von Anstand und Würde“ gemacht würden. Hält man diese Äußerung mit den weiteren Vorwürfen zusammen, wonach die hinter der Klägerin stehenden Persönlichkeiten der „gewissenlosen Spekulation auf die Instinkte eines müde gewordenen Volkes“ bezichtigt werden, so muß der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung beige pflichtet werden, daß sich in den fraglichen Äußerungen nicht etwa der Vorwurf nachweisbarer geschäftlicher Unredlichkeit verbirgt, es sich vielmehr um eine moralische Beurteilung der allgemeinen Haltung und geschäftlichen Betätigung der in Betracht kommenden Personen handelt, also um generelle, durch nachprüfbare Tatsachen nicht konkretisierte Werturteile.

Das gleiche gilt für die weiteren Äußerungen, die Zeitschrift „C.“ der Klägerin sei „eine Blüte aus dem Sumpf der fragwürdigen Kulturerzeugnisse nach Art der Magazine“, und „der christliche Leser der Zeitschrift vergesse mit dem Empfang der Zeitschrift, was er der Ehre seiner Frau und Tochter, und was er der Erziehung seiner heranwachsenden Kinder schuldig sei“. Das Berufungsgericht hat diese Äußerung durchaus zutreffend im Einklang mit den vom Reichsgericht in ständiger zivil- und strafrechtlicher Rechtsprechung für die Abgrenzung von Werturteilen

und Tatsachenbehauptungen aufgestellten Grundsätze als allgemein abfällige Wertkundgebungen gewürdigt, die nachprüfbar Handlungen der Beteiligten nicht zum Gegenstand haben (RGSt 41, 193; 55, 129 (131); 64, 10 (12); 68, 120; RGZ 101, 335 (338); RG JW 1928, 1745; OGHSt 2, 291 (310); HES 1, 42 (45)).

II. Auch die Erwägungen mit denen das Berufungsgericht die §§ 823 Abs 1 und 2, 826 in Verbindung mit § 1004 BGB als Anspruchsgrundlage ausscheidet, halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

... Zunächst ist zu beanstanden, daß das Berufungsgericht entscheidend darauf abstellt, ob die Beklagte in Beleidigungsabsicht gehandelt habe - eine Frage, die nur im Rahmen des Ehrenschatzes bedeutsam werden kann -, ohne zu prüfen, ob ein unmittelbarer Eingriff in den Gewerbebetrieb der Klägerin durch widerrechtliche Beeinträchtigung ihres gewerblichen Tätigkeitskreises vorliegt, der unter § 823 Abs 1 BGB fällt. Auch Äußerungen, die nicht einen Beleidigungstatbestand erfüllen, aber die Verhältnisse eines gewerblichen Unternehmens, seine Erzeugnisse oder sonstigen Leistungen herabsetzen und damit störend in die freie gewerbliche Entfaltung des Unternehmens eingreifen, können einen unmittelbaren Eingriff in das nach § 823 Abs 1 BGB geschützte Recht an der Ausübung eines eingerichteten Gewerbebetriebs darstellen. Da § 14 UnlWG und § 824 BGB Ansprüche nur bei unrichtigen Tatsachenbehauptungen gewähren, wäre der Rechtsschutz bei schädigenden Werturteilen, die nicht den Makel der Sittenwidrigkeit tragen und deshalb nicht unter die Generalklausel des § 1 UnlWG, § 826 BGB fallen, unvollkommen, wenn sie nicht als Verletzungshandlungen gegenüber dem Recht am Gewerbebetrieb gewertet werden könnten.

Das Reichsgericht bejahte zwar eine Verletzung des Rechtes am Gewerbebetrieb in seinen früheren Entscheidungen nur dann, wenn sich der Eingriff unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebes richtete. Eine Schmälerung des wirtschaftlichen Gewinnes, der Aussicht auf Erwerb, wurde nicht als ausreichend angesehen (RGZ 101, 335 (337); 102, 223 (225); 126, 93 (96)). In späteren Entscheidungen ist das Reichsgericht jedoch auf dem Gebiet des Warenzeichen- und Wettbewerbsrechtes weiter gegangen und hat für den Unterlassungsanspruch jede widerrechtliche Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung für ausreichend erachtet, wenn sie einen unmittelbaren Eingriff in den Bereich des Gewerbebetriebs darstellt (RGZ 158, 377 (379); 163, 21 (32); RG MuW 1931, 276 (277); 1935, 26 (30); RG GRUR 1940, 375 (378); GRUR 1942, 54 und 365). Es besteht jedoch kein sachlicher Grund, diesen Gedanken des Schutzes der gewerblichen Betätigung auf das Gebiet des Wettbewerbs und der gewerblichen Schutzrechte zu beschränken. Wie das Eigentum nicht nur in seinem Bestand, sondern auch in seinen einzelnen Ausstrahlungen - beispielsweise der Beeinträchtigung der unbeschränkten Verfügungsmacht (RGZ 156, 400) - durch § 823 Abs 1 BGB vor unmittelbaren Eingriffen geschützt ist, muß nach dieser Schutzvorschrift auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht nur in seinem eigentlichen Bestand, sondern auch in seinen



einzelnen Erscheinungsformen, wozu der gesamte gewerbliche Tätigkeitskreis zu rechnen ist, vor unmittelbaren Störungen bewahrt bleiben.

Der strittige Artikel, der getragen von höchster kirchlicher Autorität jedermann, insbesondere aber den christlichen Leser, eindringlich vor der Zeitschrift der Klägerin warnt und diese mit einer achtungverletzenden Herabsetzung der hinter der Klägerin stehenden Personen verbindet, ist geeignet, die gewerbliche Betätigung der Klägerin empfindlich zu beeinträchtigen. Er stellt einen unmittelbaren Eingriff in das der Klägerin geschützte Recht einer störungsfreien Entfaltung ihres gewerblichen Tätigkeitskreises dar. Dieser Eingriff in den geschützten Rechtskreis der Klägerin, der den von der Rechtsordnung gewährten Schutz der gewerblichen Betätigung verletzt, wäre nur dann nicht widerrechtlich, wenn der Beklagten für diesen Eingriff ein besonderer Rechtfertigungsgrund zur Seite stehen würde (RG JW 1926, 364; Enneccerus-Lehmann 13. Aufl, Recht der Schuldverhältnisse, § 229 Anm II, § 234 II 1). Hierbei kommt es entgegen der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung nicht entscheidend darauf an, ob der Tatbestand einer strafbaren Beleidigung vorliegt, da nicht der Ehrenschutz, sondern das Recht der Klägerin auf ungehinderte gewerbliche Betätigung in Frage steht. Wenn unlautere wettbewerbliche Momente, wie sie dem kritischen Vergleich von gewerblichen Erzeugnissen zu Werbungszwecken im Regelfall anhaften, ausscheiden, so wäre eine sachliche Kritik an der Zeitschrift der Klägerin selbst dann nicht widerrechtlich, wenn sie nachteilige Folgen für die Klägerin hätte, da eine solche Kritik nach Art 5 GrundG jedem auf Grund seines Rechtes zur freien Meinungsäußerung offen steht. Gewerbestörende Werturteile aber, die den Boden der sachlichen Kritik verlassen, sind nur dann der Widerrechtlichkeit entkleidet, wenn sie nach Inhalt, Form und Begleitumständen zur Wahrnehmung rechtlich gebilligter Interessen objektiv erforderlich sind. Der § 193 StGB gewährt zwar einen Rechtfertigungsgrund nur bei Ehrverletzungen. Diese Rechtsnorm regelt jedoch den Sonderfall von Interessenkollisionen, die auf dem Gebiet des Ehrenschatzes auftreten können, nach einem übergeordneten Rechtsgedanken, der in allen Fällen Bedeutung gewinnt, wo im Widerstreit verschiedener Belange die Verletzung eines Rechtsgutes in Kauf genommen werden muß. Auch gewerbestörende Werturteile, die tatbestandsmäßig unter § 823 Abs 1 BGB fallen, können durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein, wenn sich die Interessenwahrung in den vom Gesetz gebilligten Grenzen hält. Diese Grenzen sind nach dem für alle Fälle des Interessenwiderstreits geltenden Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung zu ziehen (RGSt 62, 83 (93); 63, 202 (204); 64, 10 (13); 65, 422 (427); 66, 1). Der Widerstreit zwischen dem verfolgten Interesse und dem Rechtsgut, das diesem Interesse aufgeopfert werden soll, ist unter Berücksichtigung der Grundsätze, die das Reichsgericht für den übergesetzlichen Notstand entwickelt hat, auszugleichen. Der Wertkonflikt darf lediglich in der gewählten Art zu lösen sein, wobei derjenige, der berechtigter Interessen nur durch den Eingriff in ein fremdes Rechtsgut wirksam wahrzunehmen vermag, das kleinste Rechtsübel, das schonendste Mittel, zu wählen hat. Rechtsverletzende Äußerungen sind daher nur dann durch die

Wahrnehmung berechtigter Interessen gedeckt, wenn sie objektiv nach Inhalt, Form und Begleitumständen das gebotene und notwendige Mittel zur Erreichung des rechtlich gebilligten Zweckes bilden (Ebermayer 1951 Anm III zu § 185 und 193 StGB, Frank StGB § 193 II 2a; RGSt 42, 441 (443); 61, 242 (254)). Ein Irrtum über die Notwendigkeit der Schwere und des Ausmaßes des Eingriffs in ein geschütztes Rechtsgut schließt, wenn er entschuldbar ist, nur die Schuld und damit die Schadenshaftung, nicht aber die gegenständliche Widerrechtlichkeit des Eingriffs aus (Schwarz 1941 Anm 3c zu § 59 StGB; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 6. Aufl Allg IV Anm 6 C). Hierbei ist zu beachten, daß derjenige, der in einen fremden Rechtskreis zugunsten eigener oder ihm besonders nahestehender Belange störend eingreifen will, besonders sorgfältig zu prüfen hat, ob die Rechtsverletzung, die er begehen will, zur sachgemäßen Interessenwahrung nach Schwere und Ausmaß erforderlich ist. Unterbleibt diese Prüfung, bei der auch der Schutzwert des angegriffenen Rechtsgutes zu berücksichtigen ist, so ist das stets rechtswidrige Übermaß der Rechtsverletzung auch bei einem Irrtum über seine Erforderlichkeit nicht entschuldbar.

Diese Rechtsgrundsätze sind vom Berufungsgericht verkannt worden. Das Berufungsgericht geht zwar zutreffend davon aus, daß die Beklagte als Verlegerin einer von einem hohen kirchlichen Würdenträger herausgegebenen Druckschrift keine rechtliche Sonderstellung einnimmt, sondern ihr Verhalten nach den für alle geltenden gesetzlichen Bestimmungen zu beurteilen ist. Dem Berufungsgericht ist auch darin beizupflichten, daß die Belange, die im Abwehrkampf der Kirche gegen das von ihr mißbilligte Zeitschriftenunwesen auf dem Spiel standen, die Beklagte als Verlegerin des Kirchenblattes so nahe angehen, daß ihr ein besonderes Recht zur Wahrung dieser Interessen zuzubilligen ist (RGSt 63, 229 (231); RGZ 115, 77 (80)). Das Berufungsgericht verkennt jedoch die Grenzen der Wahrnehmung berechtigter Interessen, wenn es einen Rechtfertigungsgrund auch für das von ihr unterstellte Übermaß der Rechtsverletzung deshalb für gegeben erachtet, weil die Beklagte ausschließlich mit einer ethisch einwandfreien Zielsetzung und nicht mit der Absicht, zu beleidigen, gehandelt habe. Auch sittliche Beweggründe gewähren kein Recht, die geschützten Interessen eines anderen über das erforderliche Maß aufzuopfern. Die vom Berufungsgericht vertretene Rechtsansicht, die die Widerrechtlichkeit der strittigen Äußerungen von der persönlichen Überzeugung und Willensrichtung des Verletzers abhängig machen will, würde das Rechtsgut der Ehre wie auch das Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb selbst gegen größte Angriffe schutzlos stellen, wenn der Täter nicht aus verwerflichen Gründen, sondern nur mit dem Ziel handelt, durch das objektiv nicht gebotene Übermaß seiner Angriffe das von ihm verfolgte Interesse wirksamer durchzusetzen. Das Berufungsgericht übersieht, daß die Entscheidungen des Reichsgerichts, auf die es sich für seine gegenteilige Auffassung stützt (RG JW 1914, 368, 371; RGSt 40, 317), sich nur mit der Strafbarkeit - die stets ein Verschulden voraussetzt -, nicht aber der objektiven Widerrechtlichkeit von über Gebühr kränkenden Äußerungen befassen.

Es ist auch zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht in Widerspruch zu seiner Auffassung, daß die Beklagte sich so behandeln lassen müsse, als habe sie den Artikel selbst verfaßt oder veranlaßt, das Verhalten der Beklagten im Rahmen des § 193 StGB aus der gewissen Konfliktslage rechtfertigen will, in der sie sich nach der Veröffentlichung des Artikels befunden habe. Stand der Beklagten ein Recht zu den Unwertkundgebungen in der vorliegenden Form bei dem Erscheinen des Artikels nicht zu, so kann dieses Recht, das die Beklagte auch für künftige Veröffentlichungen in Anspruch nimmt, nicht aus ihrer Lage nach Veröffentlichung des Artikels hergeleitet werden. Die Beklagte konnte, als die Klägerin an sie mit der Bitte um Zurücknahme des Artikels herantrat, in Ruhe überlegen, ob die beanstandeten Äußerungen über das zur Interessenwahrung gebotene Maß hinausgingen, wobei es gerade ihr als Verfechterin kirchlicher Belange ein besonderes Anliegen sein mußte, sorgfältig zu prüfen, ob die Zeitschrift der Klägerin nach ihrem Gesamtcharakter eine derart schwerwiegende Verächtlichmachung verbunden mit einer allgemein gehaltenen Ehrabschneidung ihrer Verleger und Lizenzträger rechtfertige. Liegt objektiv ein Übermaß des Eingriffs vor, so entschuldigt es die Beklagte, die dieses Übermaß gebilligt hat, keinesfalls, wie das Berufungsgericht rechtsirrig annimmt, daß auch bei Abschwächung der Ausdrucksform noch eine sachlich gebotene Rechtsverletzung verbleibe; denn nur der sachlich gebotene Eingriff in fremde Interessen, nicht aber der unnötige sogenannte Exzeß wird durch die Wahrung berechtigter Interessen gedeckt.

Ob ein rechtsverletzender Angriff über das zur Interessenwahrung sachlich gebotene Maß hinausgeht, ist Tatfrage. Das Berufungsgericht hat hierzu keine Feststellung getroffen. Ausgehend von seiner rechtsirrigen Auffassung, daß auch für die objektive Widerrechtlichkeit der strittigen Äußerungen allein die subjektive Überzeugung der Beklagten von ihrer Notwendigkeit maßgebend sei, hat das Berufungsgericht die Frage, ob ein sachlich nicht gebotenes Übermaß des Angriffs vorliegt, nicht für entscheidungserheblich erachtet. Das Berufungsgericht vertritt in diesem Zusammenhang die Ansicht, daß es nicht seine Aufgabe sein könne, „Stellung zu nehmen in dem Kampf der miteinander ringenden Weltanschauungen, wie sie hier in den fraglichen Kundgebungen (der Zeitschrift der Klägerin und dem Artikel, für den die Beklagten einzustehen haben) zutage treten, oder die Richtigkeit der in diesen Kundgebungen gefällten Werturteile nachzuprüfen“. Dies ist nur insoweit richtig, als es dem Berufungsgericht nicht obliegt, über den Wert oder Unwert der von den Parteien verfolgten weltanschaulichen Ziele, soweit sie in Gegensatz zueinander treten, zu urteilen. Muß aber auch der Zeitschrift der Klägerin zugebilligt werden, wie aus der Begründung des angefochtenen Urteils zu entnehmen ist, daß sie sich mit weltanschaulichen Fragen auseinandersetzt, so kann sich das Berufungsgericht einer Feststellung darüber, ob der gegen diese Zeitschrift gerichtete Angriff der Beklagten nach Inhalt, Form und Begleitumständen bei objektiver Betrachtungsweise noch in den Grenzen rechtlich gebilligter Interessenwahrung liegt, nicht entziehen. Hierbei ist zu beachten, daß das zulässige Maß des Angriffs anders zu beurteilen ist, wenn er sich gegen eine

Zeitschrift mit allgemein zuchtlosem Inhalt richtet, als wenn er auf eine Zeitschrift trifft, der die Verfolgung ernsthafter Bestrebungen - ganz oder teilweise - nicht abzusprechen ist. Entscheidend sind bei dieser Beurteilung nicht einzelne Beiträge der Zeitschrift, sondern ihr Gesamtcharakter. Das Berufungsgericht wird somit bei einer erneuten Verhandlung des Rechtsstreits, falls wettbewerbliche Bestimmungen auch nach einer weiteren tatsächlichen Klärung als Anspruchsgrundlage entfallen sollten, prüfen müssen, ob es das sachlich erforderliche und nicht zu mildernde Mittel für einen wirksamen Abwehrkampf gegen die Zeitschrift der Klägerin darstellt, wenn diese Zeitschrift mit Magazinen allgemein als anstößig empfundener Prägung gleichgestellt und den Verlegern und Lizenzträgern der Klägerin vorgeworfen wird, mit der Herausgabe dieser Zeitschrift in gewissenloser, ethisch verwerflicher Weise den moralischen Verfall des Volkes zu eigennützigem, gewinnsüchtigen Zwecken auszunützen. Hierbei wird das Berufungsgericht auch berücksichtigen müssen, daß die weitgehende moralische Verfemung der hinter der Klägerin stehenden Personen und ihres Verlagsobjektes in einer periodischen Druckschrift der Beklagten veröffentlicht worden ist. Bei Presseangriffen aber sind wegen ihrer unberechenbaren und tiefgreifenden Wirkung die Grenzen für das durch Interessenwahrung noch gedeckte Maß der Rechtsgutverletzung besonders eng zu ziehen (RGSt 63, 92 (94)) ... .

Zu einer Umkehr der Constanze-Doktrin kam es in der Höllenfeuer-Entscheidung des BGH (BGHZ 45, 296). Die Höllenfeuer-Doktrin sieht so aus, dass gewerbeschädigende Kritik außerhalb von Wettbewerbsverhältnissen grundsätzlich erlaubt ist. Eine Grenze wird ihr nur insoweit gezogen, als bei Beiträgen zu gemeinschaftswichtigen Fragen die böswillige und gehässige Schmähkritik und bei Äußerungen zu nichtgemeinschaftswichtigen Fragen die einfache Schmähkritik verboten ist.

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 21.06.1966, Az: VI ZR 261/64

Leitsatz

Zur Rechtswidrigkeit gewerbeschädigender Werturteile im Meinungskampf (Abweichung BGH, 1951-10-26, I ZR 8/51, BGHZ 3, 270).

Orientierungssatz

Die strengen Sorgfaltspflichten, die die Rechtsprechung mit Recht stellt, wenn die Presse ehrenrührige Tatsachen über einen Bürger verbreitet, sind nicht in gleicher Weise am Platz, wenn Wertungen in Fragen allgemeiner Bedeutung, mögen sie auch einem einzelnen abträglich sein, vorgetragen werden. Mißt das GG der rechtlichen Sicherung der Freiheit der Meinungsäußerung eine überragende Bedeutung bei, so liegt dem die Vorstellung zugrunde, daß der mündige und zum eigenen Urteil im Kampf der Meinungen aufgerufene Bürger in der freiheitlichen Demokratie selbst fähig ist zu erkennen, was von einer Kritik zu halten ist, die auf

eine Begründung verzichtet und in hämisch-ironischer oder schimpfend-polternder Art die Gegenmeinung angreift. Gegenüber diesem „Wagnis der Freiheit“ ist es hinzunehmen, daß das Recht dem Betroffenen nicht gegenüber jeder unangemessen scharfen Meinungsäußerung Schutz gewährt. Dabei sind solche Einschränkungen des Rechtsschutzes besonders dann zu vertreten, wenn es dem Kritiker darum geht, einen Angriff auf die von ihm vertretene Auffassung abzuwehren, den er aus seiner Sicht nach Tendenz und Aufmachung als unangemessen oder anstößig empfinden konnte.

Fundstelle

BGHZ 45, 296-311 (LT1)

NJW 1966, 1617-1619 (LT1)

JZ 1967, 174-175 (LT1)

Zum Sachverhalt (vereinfacht):

Die Illustrierte „Stern“ hatte sich in einem Artikel unter der Überschrift „Brennt in der Hölle wirklich ein Feuer?“ kritisch mit den Problemen der katholischen Theologie und Kirchenpraxis beschäftigt. In der katholischen Wochenzeitung „Echo der Zeit“ erschien daraufhin unter dem Titel „Warten auf Bucerius“ ein Artikel, in dem dem „Stern“ in scharfer Polemik „Konfessionshetze“, „Dummenfang“ und „leichtfertige Verfälschung oder Unkenntnis der Fakten“ vorgeworfen wurde. Der Kläger, Herausgeber des „Stern“, nimmt den beklagten Herausgeber des „Echo der Zeit“ auf Unterlassung in Anspruch.

Die Klage wurde vom BGH abgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

I. [Der BGH stellt fest, daß der Beklagte mit der Veröffentlichung des Artikels „Warten auf B.“ nicht in der Absicht gehandelt haben, eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern (Dies ist Voraussetzung für die Anwendung von §§ 823, 1004 BGB. Handelt der Kritiker in Wettbewerbsabsicht, gehen §§ 1, 14 UWG vor)]

II. [Der BGH stellt fest, daß es sich bei den im Artikel „Warten auf B.“ gemachten Äußerungen nicht um Tatsachenbehauptungen, sondern um Werturteile gehandelt hat.]

[...]

V. Die für die Beurteilung des Rechtsstreits entscheidende Frage ist dahin zu stellen, ob die abfällige Kritik über die rechtlich gesetzten Grenzen hinausgegangen ist, indem sie die gewerbliche Betätigung der Klägerin in rechtlich unstatthafter Weise beeinträchtigt hat (§ 823 Abs 1 BGB).

In dieser Frage vertritt die Revision den Standpunkt, die Grenze müsse nach den Grundsätzen des sogenannten Constanze-Urteils (BGHZ 3, 270 - Constanze I -) festgesetzt werden. Der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) entfalle daher schon dann, wenn die Polemik unnötig scharf sei und über eine sachliche Kritik hinausgehe. Der Rechtfertigungsgrund setze voraus, daß die in Rede stehende Äußerung zur Wahrnehmung rechtlich geschützter Interessen objektiv erforderlich sei. Das sei bei keiner der von der Klägerin beanstandeten Äußerungen der Fall. Das Berufungsgericht habe eine solche objektive Erforderlichkeit zum Teil sogar ausdrücklich abgelehnt.

Nun sind in der Tat in dem Constanze-Urteil des früheren I. Zivilsenats, der damals für das Rechtsgebiet zuständig war, die Grenzen für die Verbreitung geschäftsschädigender Werturteile auch dann sehr eng gezogen, wenn eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung ausscheidet. Zwar erscheint es nach den Grundsätzen dieses Urteils nicht ausgeschlossen, bei der vorzunehmenden Güter- und Pflichtenabwägung zu berücksichtigen, daß die Sprache bei der Abwehr eines Angreifers auf eine bestimmte Person, Einrichtung oder Gesinnung schärfer sein darf, als sie sonst zu vertreten wäre. Aber das Constanze-Urteil geht doch grundsätzlich davon aus, daß gewerbeschädigende Werturteile, die den Boden der sachlichen Kritik verlassen, nur dann der Widerrechtlichkeit entkleidet sind, wenn sie nach Inhalt, Form und Begleitumständen zur Wahrnehmung rechtlich geschützter Interessen objektiv erforderlich sind. Dabei wird erläuternd ausgeführt, es sei das kleinste Rechtsübel, das schonendste Mittel zu wählen. Es sei ferner Voraussetzung der Rechtfertigung, daß der Täter auch subjektiv besonders sorgfältig geprüft habe, ob die „Rechtsverletzung“ nach Schwere und Ausmaß zur sachgemäßen Interessenwahrnehmung erforderlich sei (BGHZ 3, 270, 280ff). Indem nach dem Vorbild der „klassischen“ Rechtsgutverletzungen des § 823 Abs 1 BGB das Schema der indizierten Rechtswidrigkeit und der ausnahmsweisen Rechtfertigung auf den Tatbestand der Beeinträchtigung des eingerichteten Gewerbebetriebes übernommen wird, zeigt sich auch in der methodischen Behandlung die Tendenz, einer negativen Kritik keinen allzu großen Spielraum zu geben, wenn gewerbliche Belange berührt werden.

Der erkennende Senat hat bereits in dem Urteil BGHZ 36, 77 (83) Waffenhändler - Bedenken geltend gemacht, ob bei gewerbeschädigenden Werturteilen an dem Erfordernis des mildesten Mittels als Voraussetzung der Rechtfertigung festgehalten werden kann. Der erkennende Senat ist ferner in zunehmendem Maße dazu übergegangen, bei dem in der Rechtsprechung herausgebildeten „Auffangtatbestand“ der rechtswidrigen Beeinträchtigung der gewerblichen Tätigkeit und bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Rechtswidrigkeit erst aus der zu mißbilligenden Art der Schädigung abzuleiten, so daß es der Berufung des Täters auf einen besonderen Rechtfertigungsgrund jedenfalls nicht immer bedarf (vgl BGHZ 29, 65; 36, 19; 36, 77; VI ZR 175/64 vom 11. Januar 1966 = MDR 1966, 309; LM GG Art 5 Nr 9 und 17; vgl hierzu von Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, Festschrift für den Deutschen

Juristentag 1960, Bd II S 49 (91); Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, 7. Aufl., § 66 Id und e; Fikentscher, Schuldrecht, 1960 § 103 III). Die weitere Rechtsentwicklung auf diesem Gebiet ist sodann entscheidend durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Tragweite des Art 5 GG und zum Einfluß dieses Grundrechts auf die Auslegung privat-rechtlicher Normen beeinflusst worden (BVerfGE 7, 198 - Lüth -; 12, 113 - Schmid/Spiegel -). Schon deshalb bedarf das in dem Urteil BGHZ 3, 270 behandelte Problem des Verhältnisses der freien Meinungsäußerung zur Beeinträchtigung gewerblicher Interessen einer erneuten Überprüfung.

Der Senat geht mit dem Bundesverfassungsgericht davon aus, daß die Vermutung für die Zulässigkeit der „freien Rede“ streitet, wenn es sich um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage durch einen dazu legitimierten handelt. Um die freie Diskussion gemeinschaftswidriger Fragen zu sichern, kann es nach den Umständen des Einzelfalls geboten sein, den Schutz privater Rechtsgüter zurücktreten zu lassen. Gerade in Auseinandersetzungen, die über einzelpersonliche Bezüge hinausgehen und eine Thematik von großer Tragweite für das Gemeinschaftsleben ansprechen, erfordert es die Bedeutung des Art 5 GG, daß auch in der Art der Meinungsäußerung von Rechts wegen große Freiheit gewährt und in der Bejahung einer Beleidigungsabsicht oder einer rechtswidrigen Störung gewerblicher Belange Zurückhaltung geübt wird (vgl Ridder, JZ 1961, 537, 539). Die strengen Sorgfaltspflichten, die die Rechtsprechung mit Recht stellt, wenn die Presse ehrenrührige Tatsachen über einen Bürger verbreitet, sind nicht gleicher Weise am Platz, wenn Wertungen in Fragen allgemeiner Bedeutung, mögen sie auch einem einzelnen abträglich sein, vorgetragen werden. Mißt das Grundgesetz der rechtlichen Sicherung der Freiheit der Meinungsäußerung eine überragende Bedeutung bei, so liegt dem die Vorstellung zugrunde, daß der mündige und zum eigenen Urteil im Kampf der Meinungen aufgerufenen Bürger in der freiheitlichen Demokratie selbst fähig ist, zu erkennen, was von einer Kritik zu halten ist, die auf eine Begründung verzichtet und in hämisch-ironischer oder schimpfend-polternder Art die Gegenmeinung angreift. Gegenüber diesem „Wagnis der Freiheit“ (Adolf Arndt, NJW 1964, 1312, 1313) ist es hinzunehmen, daß das Recht dem Betroffenen nicht gegenüber jeder unangemessenen scharfen Meinungsäußerung Schutz gewährt. Dabei sind solche Einschränkungen des Rechtsschutzes besonders dann zu vertreten, wenn es dem Kritiker darum geht, einen Angriff auf die von ihm vertretene Auffassung abzuwehren, den er aus seiner Sicht nach Tendenz und Aufmachung als unangemessen oder anstößig empfinden konnte (vgl BVerfGE 12, 113).

Dieser Bedeutung des Art 5 GG werden die Ausführungen des Berufungsurteils nicht in allem gerecht. Zwar erkennt das Berufungsgericht, daß nicht schon aus jeder unnötigen Schärfe die Rechtswidrigkeit einer gewerbeschädigenden Kritik abgeleitet werden kann. Andererseits kommt das Berufungsgericht bei den von ihm beanstandeten Äußerungen zur Bejahung der Rechtswidrigkeit, indem es rügt,

es habe an einer sorgfältigen Abwägung der widerstreitenden Interessen gefehlt, die Beklagten hätten die von ihnen vertretenen Ansichten über den „stern“ auch in anderer (nämlich mehr schonender) Weise zum Ausdruck bringen können, sie hätten sich nicht zu unnötigen gehässigen Schimpfereien hinreißen lassen dürfen, auch unter Berücksichtigung des vorangegangenen Angriffs sei das „rechte Maß“ nicht immer eingehalten.

Die Grenzen zulässiger Meinungsäußerung sind in einer solchen Auseinandersetzung weiter zu ziehen.

[...] Es würde eine nicht zu rechtfertigende Einschränkung der Pressefreiheit bedeuten, wenn die öffentliche Erörterung des angesprochenen Themas durch Gerichtsurteil verboten werden könnte.

Ein Unternehmen muss es auch dulden, wenn sein Produkt als Beispiel in einer kritischen Fernsehsendung über formaldehydhaltige Desinfektionsmittel eingeblendet wird.

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 25.11.1986, Az: VI ZR 269/85

Leitsatz

Zur Zulässigkeit einer Fernsehsendung, in der während eines Berichts über die Gefahren, die von bestimmten Produkten ausgehen, beispielhaft das Etikett eines derartigen Produkts (hier: formaldehydhaltiges Desinfektionsmittel) im Bild gezeigt wird.

Fundstelle

JZ 1987, 414-415 (ST)

NJW 1987, 2746-2747 (ST)

Die fast grenzenlose Freiheit der Meinungsäußerung wird der Stiftung Warentest nicht zugebilligt (BGHZ 65, 325). Mit Recht! Die Stiftung Warentest erfüllt eine wichtige öffentliche Funktion. Ein Großteil der Verbraucher richtet sich in seinen Kaufentscheidungen nach den Testergebnissen. Die Testergebnisse haben einen ungeheuren Einfluss auf das Angebot der Unternehmen. Unter diesen Umständen müssen Testbeurteilungen besonderen Kriterien genügen. Sie sind nach Auffassung des BGH allerdings keine Tatsachenbehauptungen, sondern Wertungen. Die in ihnen enthaltenen negativen Meinungsäußerungen führen zu unzulässigen Eingriffen in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, wenn der Test als solcher nicht den Anforderungen genügt, die der BGH wie folgt formuliert: Die Testuntersuchungen müssen neutral (ohne Beteiligung von Konkurrenten des gestesteten Produkts), objektiv und sachkundig durchgeführt sein. Sind sie dies, so sind die Testempfehlungen durch das Grundrecht der Meinungsfreiheit gedeckt.



Nach Auffassung des BGH muss sich ein Unternehmen selbst dann kritischen Tatsachenberichten stellen, wenn der Berichterstatter Betriebsinterna offenbart, deren Kenntnis durch Anstellung in dem Unternehmen unter Verschweigen seiner Absicht und unter einem Decknamen er sich verschafft hat. Das gilt allerdings nur für Angelegenheiten von erheblichen öffentlichen Interessen. Bei der im Leitsatz wiedergegebene Entscheidung ging es um den bekannten Buchautor Wallraf, der sich unter falschem Namen in die Redaktion der „Bild“ Zeitung eingeschlichen hatte.

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 20.01.1981, Az: VI ZR 162/79

Leitsatz

1. Ein Arbeitnehmer ist durch seine Verpflichtung zur Verschwiegenheit dann nicht gehindert, nach seinem Ausscheiden aus dem Anstellungsverhältnis Betriebsinterna zu offenbaren, wenn er damit gewichtige innerbetriebliche Mißstände aufdeckt, durch die die Öffentlichkeit betroffen ist und denen durch betriebsinternes Vorstelligwerden nicht erfolgreich begegnet werden kann.

#### *xii. Satirisch scherzhafte Anspielungen*

Eine letzte Fallgruppe bilden satirisch scherzhafte Anspielungen Produktnamen. Auch hier obsiegt im Zweifel die Meinungsäußerungsfreiheit. So darf man eine Marlboro Werbung in einer Antiwerbung satirisch verfremden zu einem „Mordoro“-Poker mit den Preisen: 1. Preis Magengeschwür, 2. Preis Herzinfarkt, 3. Preis Lungenkrebs (BGHZ 91, 117).

Und auch eine bayerische Nobelmarke läßt sich als Scherzartikel vermarkten.

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 03.06.1986, Az: VI ZR 102/85

Leitsatz

Zur Zulässigkeit eines Aufklebers, mit dem das Firmenemblem eines bekannten Kraftfahrzeugherstellers als Scherzartikel vermarktet wird.

Fundstelle

WM IV 1986, 1367-1369 (LT1)

NJW 1986, 2951-2952 (LT1)

JZ 1986, 1108-1110 (LT1)

Rechtszug:

vorgehend OLG Frankfurt 1985-02-28 6 U 89/84 NJW 1985, 1649

vorgehend LG Wiesbaden 1984-02-23 13 O 6/84

Tatbestand

Die Klägerin stellt Kraftfahrzeuge her, die sie unter der Firmenabkürzung „BMW“ vertreibt. Sie versieht ihre Produkte mit einem kreisrunden Firmenemblem. Ein breiter, schwarzer Ring, in dessen oberer Hälfte sich die Firmenabkürzung befindet, schließt blau-weiße Karos ein. Die Klägerin verwendet dieses Emblem auch in ihrer Werbung und im Geschäftsverkehr; ein entsprechendes Warenzeichen ist seit 1917 in der Warenzeichenrolle eingetragen. Im Warenzeichenblatt vom 31. Juli 1984 ist die Eintragung des Firmenemblems auch für Abziehbilder, Aufkleber und Plaketten veröffentlicht worden; die Klägerin vertreibt auch Aufkleber mit diesem Emblem.

Die Beklagte stellt Geschenk- und Scherzartikel her. Sie vertreibt u.a. einen Aufkleber, der das Firmenemblem der Klägerin identisch wiedergibt und in der unteren Hälfte des schwarzen Ringes den zusätzlichen Aufdruck „Bumms Mal Wieder“ aufweist.

Die Klägerin sieht sich durch den Vertrieb dieses Aufklebers in ihren Rechten verletzt. Sie nimmt die Beklagte auf Unterlassung und Auskunftserteilung in Anspruch; ferner begehrt sie die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz des ihr durch das Inverkehrbringen des Aufklebers entstandenen und entstehenden Schadens.

Die Beklagte hat eine Verletzung der Rechte der Klägerin bestritten; bei dem Aufkleber handele es sich um eine Parodie oder Travestie, die die Klägerin hinnehmen müsse. Sie hat im zweiten Rechtszug hilfsweise für den Fall ihres Unterliegens Widerklage erhoben, mit der sie die Feststellung begehrt, daß es ihr erlaubt sei, den Aufkleber mit einem eingedruckten Hinweis auf sie im geschäftlichen Verkehr anzubieten und zu vertreiben.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und ihre Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Prozeßbegehren weiter.

Entscheidungsgründe

1. Ansprüche aus kennzeichenrechtlichen Vorschriften hat das Berufungsgericht mit Recht verneint. Diese Vorschriften schützen nur die Kennzeichnung der Ware in ihrer Funktion als Herkunftshinweis gegen eine Irreführung des Verkehrs (BGHZ 91, 117, 119 m.w.N.). Darum geht es hier nicht. Die Beklagte benutzt wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt - das Firmenemblem der Klägerin nicht als Herkunftshinweis für ihre Waren.

2. Zutreffend hat das Berufungsgericht auch Ansprüche aus dem Namensrecht (§ 12 BGB) verneint. Dieses Recht schützt gegen die Identitätsverwirrung durch

den unbefugten Namensgebrauch sowie davor, daß dem Namensträger das Recht zum Gebrauch des Namens von einem anderen bestritten wird (BGHZ 91, 117, 120 m.w.N.). Auch darum geht es hier nicht. Das Identitätsinteresse der Klägerin wird durch den Vertrieb der beanstandeten Aufkleber nicht berührt; nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erkennt der Verkehr durch den Zusatz in der unteren Hälfte des schwarzen Ringes des Emblems, daß die Aufkleber nicht von der Klägerin stammen. Dies schließt eine Verletzung des Namensrechts der Klägerin aus (BGHZ 81, 75,78).

3. Die Klageansprüche finden auch nicht in § 1 UWG eine Stütze.

Das Berufungsgericht hat sich mit dieser Anspruchsgrundlage nicht auseinandergesetzt. Nach Auffassung der Klägerin in ihrer Revisionserwiderung ist die Klage aus diesem rechtlichen Gesichtspunkt begründet. Durch die identische Übernahme des Firmenemblems der Klägerin habe sich die Beklagte an deren guten Ruf „angehängt“, um ihn in schmarotzerischer Weise für ihre eigenen kommerziellen Zwecke auszubeuten; um wettbewerbswidriges Schmarotzen gehe es nicht nur bei der Ausnutzung des fremden guten Rufs als Vorspann für die eigene Werbung, vielmehr sei der Ausbeutungseffekt noch unmittelbarer und stärker, wenn ein berühmtes Firmenemblem von einem dazu nicht Befugten zur Ware gemacht werde.

Diesen Überlegungen vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

Ein Anspruch aus § 1 UWG setzt voraus, daß zwischen dem durch eine Verletzungshandlung geförderten und dem dadurch betroffenen Unternehmen ein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht. Mögen die Anforderungen an die Annahme eines solchen Wettbewerbsverhältnisses auch nicht hoch sein, so ist doch zu fordern, daß sich der Verletzer durch seine Verletzungshandlung im konkreten Fall in irgendeiner Weise in Wettbewerb zu dem Betroffenen stellt, was auch dadurch geschehen kann, daß er sich durch eine ausdrückliche oder bildliche Gleichstellungsbehauptung an Ruf und Ansehen der fremden Ware „anhängt“ und so deren Marktgeltung für den Absatz seiner Waren auszunutzen sucht; gleiches gilt für die Fälle, in denen die Verwertung des Rufes eines Warenzeichens durch die Benutzung des identischen Zeichens in Betracht kommt (BGHZ 93, 96, 98).

Ein Wettbewerbsverhältnis in diesem Sinne bestand zwischen den Parteien nicht. Sie sind keine Konkurrenten am Markt. Die Beklagte hat sich mit der Herstellung und dem Vertrieb des Aufklebers auch nicht in dem Sinne an Ruf und Ansehen der Klägerin „angehängt“, daß insoweit von einer Handlung zu Wettbewerbszwecken gesprochen werden könnte, wie sie § 1 UWG voraussetzt. Zwar hat die Beklagte das Firmenemblem der Klägerin in ihren Aufkleber übernommen. Dieser Aufkleber ist aber als Ganzes zu sehen. Er besteht nicht nur aus dem Emblem der Klägerin, sondern auch aus dem in dieses Emblem eingefügten Zusatz „Bumms Mal Wieder“. Durch diesen Zusatz erhält der Aufkleber eine andere Qualität als die eines bloßen Trägers des Emblems. Er lebt allein von der Verzerrung des

Emblems, die von der Beklagten als „Gag“ verstanden und von den Käufern als Scherzartikel erworben wird. Bei dieser Betrachtung hat sich die Beklagte nicht in Wettbewerb zur Klägerin gestellt. Weder hat sie sich an das Ansehen und den Ruf der Produkte der Klägerin in dem Sinne „angehängt“, daß sie deren Marktgeltung zur Unterstützung der Marktgeltung ihres eigenen Produkts in Anspruch genommen hat, noch hat sie der Klägerin die wirtschaftliche Verwertung ihres Rufes streitig gemacht. Allerdings trifft es zu, daß der Aufkleber - wie die Klägerin geltend macht und die Beklagte auch gar nicht abstreitet - nur wegen der Berühmtheit ihrer Marke eine Absatzchance hat. Dies bedeutet aber noch nicht, daß das Vorgehen der Beklagten sich in einen Konflikt zu dem Regelungsbereich des § 1 UWG setzen würde, der auf die besonderen Schutzbedürfnisse eines anständigen Miteinanders im wirtschaftlichen Wettbewerb zugeschnitten ist. Die Beklagte setzt nicht die Werbekraft des Rufes der Klägerin und ihrer Produkte zur Förderung des Absatzes ihres eigenen Erzeugnisses ein. Allenfalls hat der Aufkleber der Beklagten mit seiner parodisierenden Verfremdung des Emblems der Klägerin deren Marktgeltung selbst zur Zielscheibe des „Gag“ und nutzt in dieser Stoßrichtung die Bekanntheit des Emblems der Klägerin geschäftlich aus. In Fällen dieser Art liegt der Schwerpunkt des Konflikts nicht in einem Konkurrenzverhalten, das § 1 UWG, der eine Generalregel für den Wettbewerb im geschäftlichen Verkehr aufstellt, erfaßt und auf dessen spezifische Schutzbedürfnisse diese Spezialregelung beschränkt bleiben muß. Ein derartiges wettbewerbliches Schutzbedürfnis steht hier nicht infrage. Hier geht es vielmehr allein um den Schutz der Klägerin und seine Reichweite für ihre unternehmerische Stellung, insbesondere für ihren Ruf. Dieser Schutz beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln und den Grundsätzen, die die Rechtsprechung für die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entwickelt hat.

4. Aber auch im allgemeinen Persönlichkeitsrecht finden die Klageansprüche keine Stütze. Der Senat teilt nicht die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe durch die Verwendung des Firmenemblems das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin verletzt.

a) Zwar trifft es zu, daß grundsätzlich auch Kapitalgesellschaften wie die klagende Aktiengesellschaft Träger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sein können. Indes ist diese Rechtsträgerschaft inhaltlich begrenzt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist eine Rechtsschöpfung der Rechtsprechung, die Lücken im Persönlichkeitsschutz ausfüllt und aus den in Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG getroffenen Wertentscheidungen ihre Legitimation erfährt (BVerfGE 34, 269, 281, 291). Dieser Entstehungsgrund macht die thematische Begrenzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts deutlich. Eine Ausdehnung der Schutzwirkung dieses Rechts über natürliche Personen hinaus auf juristische Personen erscheint - auch mit Blick auf Art. 19 Abs. 3 GG - nur insoweit gerechtfertigt, als sie aus ihrem Wesen als Zweckschöpfung des Rechts und ihren Funktionen dieses Rechtsschutzes bedürfen. Dies ist der Fall, wenn sie in ihrem sozialen Geltungsanspruch als Arbeitgeber oder als Wirtschaftsunternehmen betroffen

werden (Senatsurteil vom 3. Juni 1975 - VI ZR 123/74 - NJW 1975, 1882, 1884 = GRUR 1976, 210, 211).

Diese beschränkte Wirkungskraft des allgemeinen Persönlichkeitsrechts juristischer Personen setzt auch dem Recht der Klägerin, aus einer Verwendung ihres Emblems Ansprüche herzuleiten, Schranken. Eine natürliche Person braucht nicht zu dulden, daß ihr Bildnis ohne ihre Einwilligung für geschäftliche Interessen Dritter ausgenutzt wird (BGHZ 20, 345, 347, 350 f.; 30, 7, 12). Das gilt nicht nur, wenn das Bildnis zum Zwecke der Werbung Verwendung findet, sondern auch dann, wenn es auf andere Art im geschäftlichen Interesse ausgenutzt wird (BGHZ 49, 288, 293; Senatsurteil vom 6. Februar 1979 - VI ZR 46/77 - NJW 1979, 2203, 2204). Die Selbstbestimmung der Person und ihre Würde verbieten es, in dieser Weise gegen ihren Willen über sie zu verfügen. Demgegenüber kann eine juristische Person ihr Recht am Bild als Ausfluß ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur dann mit Erfolg geltend machen, wenn sie durch die Verwendung ihres Emblems in ihrem Tätigkeitsbereich einschließlich ihrer sozialen Geltung als Wirtschaftsunternehmen betroffen wird. Das ist hier nicht der Fall.

Der Aufkleber stellt mit seinem Zusatz „Bumms Mal Wieder“ den sozialen Geltungsanspruch der Klägerin und insbesondere ihr Ansehen als Wirtschaftsunternehmen nicht in Frage. Er weist in seiner Gesamtheit weder eine Aussage zur Qualität ihrer Produkte noch zu ihrem Auftreten im Wirtschaftsleben auf; insbesondere enthält er keine ehrverletzende, herabwürdigende Kritik. Die Einfügung des Zusatzes „Bumms Mal Wieder“ ist beziehungslos. Der einzige Bezug dieses Aufdrucks zur Klägerin erschöpft sich erkennbar darin, daß die Buchstabenfolge ihrer Firmenabkürzung der Beklagten die Gelegenheit zu einer Interpretation bot, die die eigentliche Bedeutung der Firmenabkürzung verzerrt und deshalb als Scherz empfunden werden soll. Nichts spricht dafür, daß der Verkehr das anders sieht. Bereits das Fehlen einer auf das klagende Unternehmen bezogenen Aussage unterscheidet den Streitfall von dem Sachverhalt einer blickfangmäßigen Verwendung eines Messenamens für einen diese diskriminierenden Protest gegen die Messegesellschaft, der der Entscheidung des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 24. Februar 1983 I ZR 207/80 = NJW 1983, 2195, 2196 = GRUR 1983, 467 zugrundelag.

b) Der Geltungsanspruch der Klägerin als Wirtschaftsunternehmen wird auch nicht dadurch verletzt, daß die Beklagte in ihren Aufklebern die Namensabkürzung der Klägerin wiedergibt. Darin liegt keine unbefugte Benutzung eines fremden Namens zu Werbezwecken, die als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Berechtigten gewertet werden kann (vgl. BGHZ 81, 75, 78, 80; BGH Urt. vom 24. Februar 1983 = aaO). Die Beklagte benutzt den Namen der Klägerin - wie schon gesagt - nicht im Rahmen der Werbung für ihre Produkte. Dies hat das Berufungsgericht auch erkannt. Es erfaßt das Vorgehen der Beklagten jedoch nicht in seiner vollen Breite, wenn es meint, die Beklagte habe das Emblem der Klägerin sogar unmittelbar als Ware vermarktet, was nicht weniger schwer wiege als seine

Ausnutzung als Vorspann für die eigene Werbung. Dieses Argument läßt unbeachtet, daß der Aufkleber der Beklagten als Ganzes zu würdigen ist. Eine solche Würdigung läßt deutlich werden, daß die Beklagte in parodisierender Verfremdung des Emblems der Klägerin ein neues Produkt hergestellt hat und dieses Produkt, das durch die entstellende Auflösung der Firmenabkürzung „BMW“ eine neue Qualität - nämlich die eines Scherzartikels - erlangt hat, vermarktet. Erst dieser „Gag“ macht den Aufkleber aus; er ist kein „BMW“-Emblem, sondern ein Scherzartikel, als der er nach der Intention der Beklagten gedacht ist und als der er von den Käufern erworben wird.

c) Zwar ist in Grenzen durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch das Recht einer Kapitalgesellschaft auf wirtschaftliche Selbstbestimmung geschützt. Indes kann sie dieses Recht nicht gegen jedes sie tangierende Marktverhalten Dritter, sondern nur dann in Anspruch nehmen, wenn ihr der geschützte Bereich wirtschaftlicher Entfaltung wirklich streitig gemacht wird. Hier bleibt für die Klägerin als Belastung, daß die Beklagte - die Möglichkeit einer verzerrenden Interpretation der Firmenabkürzung der Klägerin ausnutzend - den Namen der Klägerin in Vulgärsprache mit einer Aufforderung zu einer sexuellen Handlung in Verbindung bringt. Diese Verzerrung des Namens der Klägerin wird vom Verkehr als Scherz erkannt; nur deshalb erwerben die Käufer den Aufkleber. Es kann auf sich beruhen, wie eine solche Verzerrung des Namens zu beurteilen wäre, wenn sie eine natürliche Person beträfe. Die Klägerin ist ein Wirtschaftsunternehmen, das sich auf dem Markt bewegt und mit seiner Werbung auf Publizität zielt. Aus diesem Grund liegt für sie die Toleranzgrenze für vermeintliche oder echte Scherze, die sie betreffen, deutlich höher als bei einer natürlichen Person. Sie muß solche Scherze jedenfalls dann, wenn - wie hier - deren Beziehungslosigkeit zu ihrem Unternehmen und ihren Produkten auf der Hand liegt, hinnehmen, solange sich für sie eine konkrete Gefahr wirtschaftlicher Nachteile nicht abzeichnet. Anders wäre es, wenn der Vertrieb des Aufklebers eine Ansehensminderung der Klägerin als Wirtschaftsunternehmen befürchten lassen müßte.

Die Klägerin hat nicht darzutun vermocht, daß ihr aus dem Vertrieb des Aufklebers irgendwelche wirtschaftlichen Nachteile erwachsen sind. Soweit das Berufungsgericht von einem Schaden der Klägerin spricht, bezieht es diesen allein auf ein der Klägerin entgangenes Entgelt für eine Lizenzierung des Vertriebs des hier beanstandeten Aufklebers; das ist indes nicht die Beeinträchtigung in ihrer unternehmerischen Geltung und Selbstbestimmung, um die es nach Vorstehendem nur gehen kann. Insbesondere ist nicht erkennbar, daß ihr Ansehen als Wirtschaftsunternehmen durch den Vertrieb des Aufklebers gemindert wäre; gemindert sein kann allenfalls das Ansehen des Benutzers eines solchen Aufklebers.

5. Auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, auf das sich die Klägerin in der Vorinstanz berufen hat, trägt die Klageansprüche nicht. Der deliktische Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes ist ebenso wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht absolut, sondern jeweils für den

konkreten Fall im Wege der Interessen- und Güterabwägung zu bestimmen. Im Streitfall kann der Schutz der Klägerin über diesen rechtlichen Gesichtspunkt nicht weiterreichen als ihr Schutz durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht, zumal sie selbst das Schwergewicht ihrer Belastung auf ihren wirtschaftlichen Ruf bezieht. Der unternehmerische Funktionsbereich der Klägerin wird - wie vorstehend ausgeführt - durch den Vertrieb des Aufklebers nicht über das Maß hinaus eingeschränkt, das ein Wirtschaftsunternehmen hinnehmen muß.

Die Klage war deshalb abzuweisen. Damit erweist sich zugleich die Hilfswiderklage der Beklagten als gegenstandslos.

## 9. Der deliktsrechtliche Schutz der Person

Beim deliktsrechtlichen Schutz der Person können wir eine ähnliche Entwicklung verfolgen wie beim deliktsrechtlichen Schutz des Vermögens. Die Rechtsprechung ist nicht bei dem Rechtsgüterschutz (§ 823 Abs. 1 BGB), dem Schutz sonstiger Rechte (§ 823 Abs. 1 BGB), dem Schutz der in Schutzgesetzen geschützten Interessen (§ 823 Abs. 2 BGB) und dem Schutz vor vorsätzlicher Schädigung der durch das Sittengesetz geschützten Interessen stehen geblieben, sondern hat mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (APR) ein Rahmenrecht entwickelt, das das im Gesetz vorgegebene System sprengt und in der Rechtsanwendung konkretisiert werden muss. Wir wollen zunächst einen Blick auf den deliktsrechtlichen Schutz der Person im traditionellen System werfen und uns alsdann dem APR zuwenden.

### *a. Der Rechtsgüterschutz in § 823 Abs. 1 BGB*

Als geschützte Rechtsgüter nennt § 823 Abs. 1 BGB das Leben, den Körper, die Gesundheit und die Freiheit.

Aus dem Schutz des Lebens zieht nicht der ursprüngliche Träger des Rechtsguts Nutzen. Es profitieren andere Personen. Welche das sind, ist in den §§ 844 und 845 BGB geregelt. Es ist einmal derjenige, der für die Beerdigungskosten aufzukommen hat (§ 844 Abs. 1 BGB). Es sind zum anderen diejenigen, denen der Getötete kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder unterhaltspflichtig werden konnte, wenn sie durch den Tod den Unterhaltsanspruch verloren. Eine weitere Gruppe von Anspruchsträgern wird in § 845 BGB durch diejenigen gebildet, denen der Getötete kraft Gesetzes zu Dienstleistungen verpflichtet war. Diese Vorschrift hat an praktischer Bedeutung erheblich verloren, seitdem der BGH sie auf getötete Ehefrauen nicht mehr anwendet (BGHZ 50, 304). Praktische Bedeutung hat die Vorschrift noch für die sich aus § 1619 BGB ergebende Dienstverpflichtung hausangehöriger Kinder.

Mit Blick auf den Körper ist die körperliche Integrität vor Eingriffen geschützt. Fraglich ist hier insbesondere, inwieweit das auch für ärztliche Heileingriffe gilt. Die in der Literatur vorherrschende Auffassung möchte hier mit Rücksicht auf die Zielsetzung der ärztlichen Behandlung schon tatbestandlich eine Verletzungshandlung ausschließen (vgl. Deutsch, NJW 1976, 2289 ff.; Laufs, NJW 1977, 1081 ff.) Danach würden nur Kunstfehler tatbestandlich zu einer Körperverletzung führen. Die Rechtsprechung sieht das anders. Sie geht von der Tatbestandsmäßigkeit auch des kunstgerechten ärztlichen Eingriffs aus (BGH NJW 1974, 1422; NJW 1976, 363). Die Haftungsfrage entscheidet sich dann auf der Ebene der Rechtswidrigkeit. Die wird nämlich ausgeschlossen, wenn der ärztliche Eingriff durch eine Einwilligung des Patienten gedeckt ist. Zur wirksamen Einwilligung gehört die Aufklärung des Patienten über die mit dem Eingriff verbundenen Risiken.

Ein Eingriff in die Gesundheit liegt vor, wenn der innere Zustand eines Menschen in einer Weise gestört wird, daß eine ärztliche Behandlung erforderlich wird, um den Betroffenen wieder an dem normalen Leben teilhaben zu lassen. Diese Umschreibung ist vage. Sie gibt aber Raum für den Schutz vor Störungen sowohl des physischen wie des psychischen Gleichgewichts. Auch Ausfälle aufgrund von Neurosen können deshalb einen Verletzer schadensersatzpflichtig machen. Eine in dieser Hinsicht für den Kläger und Geschädigten erfolgreiche Entscheidung kommt aus dem Bereich der Schockschadenfälle.

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 12.11.1985, Az: VI ZR 103/84

Leitsatz

1. Erleidet ein Unfallbeteiligter, der vom Schädiger in diese Rolle gezwungen worden ist, eine Unfallneurose, die auf das Miterleben des Unfalls mit schweren Folgen zurückzuführen ist, so sind darauf beruhende Gesundheitsschäden grundsätzlich dem Unfallgeschehen haftungsrechtlich zuzurechnen.

2. Gesundheitsschäden aus Anlaß einer sogenannten Konversionsneurose sind jedenfalls dann zu ersetzen, wenn der Grund für ihre Entstehung nicht geringfügig ist und deshalb ihre Entstehung nicht als bloße Aktualisierung des allgemeinen Lebensrisikos erscheint.

Fundstelle

RuS 1986, 68-70 (LT1)

NJW 1986, 777-779 (LT1-2)

VersR 1986, 448-449 (LT1-2)

Sachverhalt (vereinfacht):



Der B, Ehemann der Erstbeklagten und Vater der Zweitbeklagten, befuhr mit einem LKW eine Autobahn. Dabei flog aus dem geöffneten Seitenfenster der Fahrerkabine ein Lieferschein auf den mittleren Grünstreifen. B versuchte daraufhin zu Fuß auf den Mittelstreifen zu gelangen, um den Zettel wiederzuholen. Dabei geriet er vor den PKW des Klägers und wurde tödlich verletzt. Der Kläger erlitt leichte Verletzungen, die jedoch vollständig abgeheilt sind.

Der Kläger nimmt die Beklagten als Erben des getöteten B. auf Ersatz materieller und immaterieller Schäden sowie auf Feststellung ihrer Ersatzpflicht für Zukunftsschäden in Anspruch. Der Kläger behauptet, er leide nach wie vor an heftigen und anhaltenden Schmerzen, vom Brustkorb und den Schultern ausstrahlend in den Kopf und in die Arme bis in alle Finger hinein, sowie an Schwindelgefühlen; diese Beschwerden beruhten auf dem Unfallgeschehen vom 10. Juni 1976. In der Folgezeit mußte der Kläger sich immer wieder ärztlich behandeln lassen. Am 1. Juni 1980 wurde er im Alter von 45 Jahren wegen seiner Beschwerden vorzeitig pensioniert.

Die Beklagten haben demgegenüber gemeint, der Kläger, dessen unfallbedingte organische Leiden längst abgeheilt seien, habe sich in die Krankheit geflüchtet und eine sogenannte Rentenneurose entwickelt, für deren Folgen sie nicht einzustehen hätten.

#### Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht, das die Schadensersatzansprüche des Klägers für gerechtfertigt hält, stellt dazu, sachverständig beraten, im wesentlichen fest: Die unmittelbar durch den Unfall verursachten organischen Verletzungen des Klägers wie Gehirnerschütterung und Halswirbelsäulen-Trauma seien zwar vollständig abgeheilt. Seine heute bestehenden, der Klage zugrundegelegten weiteren Leiden seien indes ebenfalls durch das Unfallgeschehen ausgelöst worden. Insoweit handele es sich um die Folgen eines neurotischen Fehlverhaltens, eine sogenannte Unfallneurose. Auch für diese Unfallfolgen hätten die Beklagten einzustehen, zumal die Gesundheitsschäden über das übliche - Maß der Beeinträchtigung eines Menschen durch einen „seelischen Schock“ hinausgingen. Es sei unerheblich, ob bei der Entstehung des Schadens die Persönlichkeitsstruktur des Klägers wesentlich mitgewirkt habe. Dafür, daß die Neurose auch ohne das Unfallereignis aus anderem Anlaß aufgetreten wäre, hätten die Beklagten nichts substantiiert vorgetragen, geschweige denn dafür Beweis angetreten. Um eine sogenannte Rentenneurose handele es sich beim Kläger nicht. Seine Gesundheitsbeeinträchtigung beruhe auch nicht auf einer unangemessenen Erlebnisverarbeitung.

Der Ersatzanspruch des Klägers sei ferner nicht durch eine Mithaftung eingeschränkt. Ein Mitverschulden an dem Unfall sei ihm nicht anzulasten. Zwar habe er auch nicht den Beweis dafür erbracht, daß der Unfall für ihn ein unabwendbares Ereignis im Sinne des § 7 Abs. 2 StVG gewesen sei. Andererseits

trete aber die Betriebsgefahr seines Kraftfahrzeuges hinter dem groben Verschulden des B. zurück.

II. Das angefochtene Urteil hält den Revisionsangriffen stand. Das Berufungsgericht hat aufgrund der von ihm getroffenen Feststellungen zu Recht eine volle Haftung der Beklagten auch für die hier in Frage stehenden Körperschäden des Klägers nach §§ 823 Abs. 1, 847 BGB bejaht.

1. Daß der verstorbene Ehemann und Vater der Beklagten sich grob verkehrswidrig verhalten hat, als er versuchte, zu Fuß die von schnellen Fahrzeugen beidspurig benutzte Fahrbahn der Bundesautobahn zu überqueren, ist außer Streit. Er hat dadurch den Zusammenprall mit dem PKW des Klägers verursacht und verschuldet, wobei der Kläger verletzt worden ist. Auch die Neurose des Klägers, die zu seinen jetzt noch anhaltenden körperlichen Beschwerden geführt hat, ist ein ersatzpflichtiger Körperschaden im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB.

a) Dabei kann offen bleiben, ob die Neurose ihrerseits ein Folgeschaden der organischen Verletzung ist, oder ob sie unmittelbar durch das Erleben des Unfallgeschehens ausgelöst worden ist; jedenfalls geht sie auf das verkehrswidrige Verhalten des B. zurück. Auch eine nur psychisch vermittelte Gesundheitsstörung ist eine Verletzung der Gesundheit, die dem verantwortlichen Schädiger grundsätzlich zuzurechnen ist. Das ist in der Rechtsprechung des erkennenden Senats anerkannt (Senatsurteile v. 11. Mai 1971 - VI ZR 78/70 = VersR 1971, 905, 906 m.w.N., insoweit nicht in BGHZ 56, 163 abgedruckt, und v. 5. Februar 1985 - VI ZR 198/85 = BGHZ 93, 351, 355) und wird auch im übrigen nicht ernsthaft bezweifelt, soweit es um die Schädigung des am Unfall selbst Beteiligten geht.

b) Nach den Feststellungen im Berufungsurteil gehen die körperlichen Beeinträchtigungen des Klägers infolge der unfallbedingten Neurose weit über das hinaus, was an Beeinträchtigungen bei Miterleben schrecklicher und seelisch belastender Ereignisse gewöhnlich aufzutreten pflegt und was als zum allgemeinen Lebensrisiko gehörig jedermann ersatzlos zu tragen hat (vgl. dazu das oben genannte Senatsurteil BGHZ 56, 163, dazu ferner Dunz LM § 823 Aa Nr. 27). Jedenfalls in solchen Fällen ist grundsätzlich Schadensersatz zu leisten; eines Eingehens auf die Kritik in der Literatur, die sich nur gegen Einschränkungen des Anspruchs richtet, bedarf es im Streitfall nicht.

c) Der Ersatzanspruch entfällt nicht deswegen, weil der Kläger seelisch besonders labil ist und nur deshalb infolge des Unfallereignisses eine Unfallneurose entwickelt hat. Eine solche „schädliche Anlage“ beim Geschädigten muß der Schädiger wie auch sonst hinnehmen; sie kann nicht dem Geschädigten anspruchsmindernd entgegengehalten werden. Auch das entspricht gefestigter Rechtsprechung.

2. Mit Recht hat das Berufungsgericht die Neurose des Klägers, selbst wenn sie in der Konfrontation des Klägers mit der Tötung des B. und seiner Rolle darin ihren Ursprung haben sollte, dem sie auslösenden Unfallgeschehen, nämlich dem

leichtfertigen Überqueren der befahrenen Autobahn durch B., auch haftungsrechtlich zugerechnet. Das Miterleben eines Unfalles mit schweren Folgen als direkt daran Beteiligter ist nicht nur dann, wenn von außen kommende traumatische Verletzungen zugefügt werden, sondern auch, wenn die durch das Miterleben des Unfalls entstandene psychische Belastung zu schweren Gesundheitsstörungen führt, haftungsrechtlich ein Ereignis, das den für den Unfall Verantwortlichen nach dem Schutzgedanken des § 823 Abs. 1 BGB auch für auf diese Weise zugefügte Gesundheitsschäden ersatzpflichtig macht. Der gegenteiligen Ansicht der Revision vermag der Senat nicht zu folgen.

a) Das Auftreten einer sogenannten Unfallneurose, bedingt durch die Fehlverarbeitung eines den Unfallbeteiligten tief erschütternden Unfallgeschehens, liegt nicht so fern, daß etwa deshalb die dadurch entstandenen körperlichen Beeinträchtigungen haftungsrechtlich dem Unfallgeschehen nicht mehr zugerechnet werden dürften.

b) Der Zurechnungszusammenhang kann auch nicht mit dem Gedanken der Revision verneint werden, die „Selbsttötung“ des Schädigers sei als solche nicht rechtswidrig und deshalb könne der darauf zurückzuführende Schaden des Geschädigten nicht ausgleichspflichtig sein. Nicht der Umstand, daß B. sich selbst gefährdet und geschädigt hat, hat die Körperverletzung des Klägers verursacht; das wäre rechtlich allenfalls von Bedeutung, wenn es um Ansprüche des B. und dabei um die Frage seiner haftungsmindernden Mitbeteiligung ginge. Für den Schadensersatzanspruch des Klägers ist allein erheblich, daß B. ihn durch sein schuldhaftes verkehrswidriges Verhalten in das Unfallgeschehen hineingezogen hat. Dazu hatte er kein „Recht“.

c) Die Ersatzpflicht der Beklagten entfällt weiter nicht deswegen, weil es an einer personalen Sonderbeziehung zwischen dem Kläger und B. als Unfallopfer gefehlt hat. Es geht im Streitfalle nicht darum, Auswirkungen eines Unfallgeschehens auf Dritte als „Reflex eines haftungsbegründenden Ereignisses“ (vgl. RGRK BGH 12. Aufl. § 823 Rdn. 11) haftungsrechtlich auszugrenzen, um eine uferlose Ausweitung der Schutzrichtung von Gefährdungs- und Verhaltensnormen auf die Umwelt des in erster Linie Geschützten zu vermeiden (näher dazu BGHZ 56, 163 ff mit Anm. Dunz aaO.). Der Kläger ist nicht als unbeteiligter Dritter zufälliger Zeuge eines Verkehrsunfalls geworden. Er war vielmehr selbst unmittelbar dem Unfallgeschehen ausgesetzt und hat daran mitgewirkt. Es kann deshalb offen bleiben, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen erwogen werden könnte, auch völlig Fremden, mit den eigentlichen Unfallbeteiligten und verletzten Personen in keiner näheren in Beziehung stehenden Personen bei besonders schweren Unfällen, die sie selbst miterleben müssen, einen ersatzfähigen „Schockschaden“ zuzusprechen (dazu Grunsky in MünchKomm 2. Aufl. vor § 249 Rdn. 54 a m.w.N.). Wer deshalb psychische Schäden erleidet, weil er vom Schädiger in die Rolle eines Unfallbeteiligten gezwungen wird, steht jedenfalls unter dem Schutzbereich der Haftungsvorschrift des § 823 Abs. 1 BGB, weil seine körperliche Integrität in gleicher Weise wie bei einer nur „äußeren“ Einwirkung

beeinträchtigt wird. Er ist nicht nur mittelbar geschädigter Dritter; vielmehr ist in sein absolutes Recht eingegriffen worden (RGRK aaO., Grunsky aaO. m.w.N.; Stürner JZ 1984, 416).

3. Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, daß nach dem von ihm festgestellten Sachverhalt der Anspruch des Klägers nicht deswegen ausgeschlossen ist, weil seine Neurose sich als eine unangemessene Erlebnisverarbeitung darstellt, die keinen inneren Bezug mehr zu dem Schadensereignis hat.

a) Der erkennende Senat hat wiederholt Ersatzansprüche versagt, wenn der Geschädigte nach dem ihn treffenden Unfallgeschehen eine sogenannte Renten- oder Begehrensneurose entwickelt und diese Fehlverarbeitung bei ihm zu Gesundheitsstörungen geführt hat, sofern jedenfalls das Schadensereignis nur eine seinem Wesen nach auswechselbare Ursache (Kristallisationspunkt) für die Entstehung der Neurose ist (zuletzt Senatsurteil vom 8. Mai 1979 - VI ZR 58/78 - NJW 1979, 1935, 1936 = VersR 1979, 718, 719 m.w.N.). Das Vorliegen einer solchen Begehrensneurose beim Kläger hat das Berufungsgericht indessen aus tatsächlichen Gründen verneint: Der Kläger hat danach das Unfallgeschehen nicht deswegen neurotisch fehlverarbeitet, weil er es unbewußt zum Anlaß genommen hat, sich der Verantwortung für die eigene Lebensführung insofern zu entziehen, als er sich den Belastungen des Erwerbslebens nicht mehr zu stellen brauchte.

b) Die Feststellungen im Berufungsurteil erlauben andererseits aber auch nicht die Annahme, der Kläger sei das Opfer einer unfallbedingten „zweckfreien Aktualneurose“ geworden, d.h. daß seine durch die seelische Erschütterung bedingten körperlichen Schäden, seine neurotische Fehlhaltung, primär und unmittelbar durch das Unfallgeschehen selbst zugefügt sind; in solchen Fällen wird ein Haftungszusammenhang ganz überwiegend bejaht (vgl. Senatsurteile vom 21. April 1961 - VI ZR 105/60 - VersR 1961, 597, 598 und vom 4. Januar 1963 VI ZR 76/62 - VersR 1963, 261; BGH, Urteil vom 25. Januar 1968 - III ZR 122/67 - VersR 1968, 396, 397; dazu auch Stoll JZ 1982, 204 f. und Stürner aaO. m.w.N.). Vielmehr hat der Kläger, wie das Berufungsgericht sachverständig beraten angenommen hat, eine sogenannte Konversionsneurose entwickelt. Ähnlich wie bei der sogenannten Renten- oder Begehrensneurose handelt es sich dabei um eine Fehlverarbeitung des Unfallgeschehens, das unbewußt zum Anlaß genommen wird, latente innere Konflikte zu kompensieren, wenn auch in anderer Weise als gerade im Hinblick auf den Wunsch, nicht mehr arbeiten zu müssen. Auch darin könnte, wie die Revision an sich mit Recht meint, eine „unangemessene Fehlverarbeitung“ zu sehen sein, jedenfalls wenn der auslösende Anlaß letztlich beliebig und eher geringfügig erscheint. Es könnte dann rechtlich nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein, mit welcher unbewußten Zielrichtung der Geschädigte das Unfallgeschehen zum Anlaß nimmt, in körperliche Beschwerden zu flüchten, um damit seine latenten inneren Konflikte zu kompensieren, wenn sich letztlich nicht der Unwert des schädigenden Verhaltens, sondern das allgemeine Lebensrisiko des Verletzten in der Neurose aktualisiert, weil die Auslösung des Versagenszustandes nur zufälliger und auswechselbarer Anlaß war.

Dann fällt der Schaden nach dem Haftungszweck des § 823 Abs. 1 BGB nicht mehr in den Verantwortungsbereich des Schädigers und ist ihm nicht mehr zuzurechnen (RGRK aaO., Rdn. 12), wobei im Streitfall offenbleiben kann, ob ein Ersatzanspruch jedenfalls für den gedachten Zeitraum zwischen dem auslösenden Schadensereignis und dem voraussichtlichen anderweitigen, die Neurose auslösenden Lebensereignis zugebilligt werden könnte (Stürner aaO.).

c) Der Haftungszusammenhang kann aber jedenfalls dann nicht verneint werden, wenn sich nicht feststellen läßt, daß sich, ausgelöst durch das eigentliche Unfallgeschehen, letztlich nur das eigentliche Lebensrisiko des Geschädigten verwirklicht hat, der sich in die Neurose flüchtet, was die Beklagten zu beweisen hätten. Im Streitfall führt das Berufungsgericht dazu aus, die Beklagten hätten nichts dazu substantiiert vorgetragen, geschweige denn Beweis dafür angetreten, daß die Neurose auch ohne das Unfallereignis aus einem anderen Anlaß aufgetreten wäre. Diese Feststellung widerspricht nicht den Ausführungen im Gutachten des medizinischen Sachverständigen. Dieser hat, soweit er sich im Rahmen der ihm obliegenden naturwissenschaftlich-medizinischen Beurteilung gehalten hat, darauf hingewiesen, im Einzelfall wirkten - wie auch beim Kläger - konstitutionelle Vorgegebenheiten wie Anlage, Persönlichkeit, individuelle Lebensgeschichte, personale Konflikte und sozio-kulturelle Faktoren in unterschiedlicher Gewichtung bei der Entstehung einer Neurose zusammen; der psychisch-traumatischen Situation komme nur die sekundäre Bedeutung des Anstoßes zu. Zutreffend wertet das Berufungsgericht das rechtlich dahin, daß der Unfall beim Kläger eben auf eine vorhandene psychische Schadenanlage getroffen ist; das schließt, wie ausgeführt, den Schadensersatzanspruch nicht aus. Darüber hinaus fehlt in der Tat ein Anhaltspunkt dafür, daß der Kläger auch ohne das Erlebnis des schweren Unfalls, bei dem er sehenden Auges einen Menschen zu Tode gefahren hat, in ähnlicher Weise alsbald oder aus beliebig anderer Ursache seine vorhandene Schadenanlage aktualisiert hätte. Wahrscheinlich und vom Berufungsgericht für seine Beurteilung rechtsfehlerfrei zugrundegelegt ist vielmehr, daß gerade die Konfrontation mit der besonderen Unfallsituation, hier dem Umstand, daß er einen Menschen getötet hat, den Kläger aus der Bahn geworfen hat, während er sonst mit seiner vorhandenen Persönlichkeitsstruktur im Erwerbsleben weiter hätte bestehen können. Es gehört gerade nicht zum ersatzunwürdigen „allgemeinen Lebensrisiko“, das außerhalb des Schutzzweckes des § 823 BGB steht, wenn eine seelische Schädigung durch das Hineinziehen in einen Verkehrsunfall mit schwersten Personenschäden entsteht.

4. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht auch eine schadensmindernde Unfallbeteiligung des Klägers verneint.

a) Das Berufungsgericht hat ein Mitverschulden des Klägers am Zustandekommen des Unfalls nicht feststellen können. Das begegnet aufgrund des feststehenden Sachverhalts auch keinen rechtlichen Bedenken; die Revision hat insoweit ebenfalls nichts zu erinnern. Andererseits hat der Kläger nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht den ihm obliegenden Beweis dafür erbringen können, daß

der Unfall für ihn ein unabwendbares Ereignis im Sinne von § 7 Abs. 2 StVG gewesen ist. Dennoch hat das Berufungsgericht eine etwa im Rahmen des § 254 BGB zu berücksichtigende Betriebsgefahr, die von dem PKW des Klägers ausgegangen ist - immerhin durfte der Kläger darauf vertrauen, daß kein Fußgänger die Autobahn überqueren werde -, bei der Abwägung der gegenseitigen Verursachungsbeiträge gegenüber dem groben Verschulden des getöteten B. ganz zurücktreten lassen. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Eine solche Wertung ist rechtlich möglich; sie obliegt tatrichterlichem Ermessen. Insbesondere kann dem von der Revision hervorgerufenen Umstand, daß der Kläger eine Fahrgeschwindigkeit von 120 km/h eingehalten hat, keine entscheidende Bedeutung zu seinen Lasten zukommen. Auf einer freien Überholspur der Autobahn ist es - jedenfalls bei normalen Sichtverhältnissen - ganz unbedenklich, so schnell zu fahren; mit der Überquerung der Fahrbahn der Autobahn durch einen Fußgänger braucht, wie gesagt, niemand zu rechnen. Daß das Berufungsgericht bei seiner Abwägung die Fahrweise des Klägers und dessen mögliche Unaufmerksamkeit übersehen haben könnte, ist im übrigen nicht ersichtlich.

b) Für eine Verletzung der Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 BGB durch den Kläger fehlt es an jedem tatsächlichen Anhaltspunkt. Für seine psychische Schadensanlage ist er nicht verantwortlich. Sie kann ihm auch nicht schadensmindernd über § 254 BGB entgegengehalten werden. Es ist das Risiko des Schädigers, daß er jemanden verletzt, der konstitutionell besonders anfällig ist. Ebensovienig haben die Beklagten ausreichenden tatsächlichen Vortrag in der Richtung gebracht, daß der Kläger wegen seiner Neurose schuldhaft eine ärztliche (in Betracht käme wohl eine psychiatrische) Behandlung nicht in Anspruch genommen hat, die zu einer Heilung hätte führen können.

5. Unbegründet sind endlich die Angriffe der Revision gegen die Höhe des dem Kläger zugebilligten Schmerzensgeldes. Die wenn auch knappe Begründung des Berufungsgerichts läßt erkennen, daß es die für die Zubilligung der angemessenen Entschädigung nach § 847 BGB wesentlichen tatsächlichen Umstände in seine Wertung einbezogen hat. Zu Unrecht meint die Revision, dem Kläger sei „unter dem Gesichtspunkt der Ausgleichsfunktion des Schmerzensgeldes“ kaum damit gedient, ein höheres Schmerzensgeld zu erhalten, weil es ihn eher daran hindere, das Unfallereignis angemessen zu verarbeiten. Dem steht schon entgegen, daß der Kläger gerade nicht eine Begehrensneurose entwickelt hat. Ebensovienig ist zu erkennen, daß die sogenannte Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes im Streitfall keine Rolle spielen könne. Auch die Gesamthöhe des ausgeworfenen Schmerzensgeldbetrages ist angesichts des, wenn auch im wesentlichen nur „psychisch vermittelten“, Beschwerdebildes und des Lebensschicksals des Klägers keineswegs unangemessen.

Allerdings führt nicht jede Art von Neurose dazu, dass der Urheber zum Schadensersatz herangezogen werden könnte. Entwickelt der Geschädigte eine Renten- oder Begehrensneurose, die auf einer Begehrensvorstellung nach einer Lebenssicherung

beruht, so wird die Rente versagt, wenn anzunehmen ist, dass ohne die Rente der Geschädigte von sich aus zu einem normalen Arbeitsleben finden würde.

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 29.02.1956, Az: VI ZR 352/54

Leitsatz

Der Schädiger hat grundsätzlich auch Beeinträchtigungen zu ersetzen, die auf einer durch die Körperverletzung ausgelösten seelischen Störung des Betroffenen beruhen.

Die Haftung findet jedoch ihre Grenze, wenn die seelische Störung erst durch die - wenn auch unbewußte - Begehrensvorstellung nach einer Lebenssicherung oder die Ausnutzung einer vermeintlichen Rechtsposition ihr Gepräge erhält und der Unfall zum Anlaß genommen wird, den Schwierigkeiten des Arbeitslebens auszuweichen.

Fundstelle

BGHZ 20, 137-144 (LT1)

NJW 1956, 1108-1109 (LT1)

Tatbestand

Der am 2. Juni 1911 geborene Kläger hatte bereits im Alter von 12 Jahren dadurch einen Schädelbruch erlitten, daß ihm mit einer Kanne auf den Kopf geschlagen wurde. Am 2. April 1940 fuhr er mit einem Kraftrad in der Dunkelheit auf die Zechenbahn der Beklagten auf, wobei er eine Kopfverletzung an der rechten Stirnseite und eine Gehirnerschütterung davontrug. Durch rechtskräftiges Urteil ist festgestellt worden, daß die Beklagte dem Kläger drei Viertel seines Schadens zu ersetzen hat. Bis zum 31. Dezember 1949 hat die Beklagte dem Kläger Rentenzahlungen geleistet.

Der Kläger erstrebt mit der Behauptung, er sei durch den Unfall auf die Dauer erwerbsunfähig geworden, die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung einer Geldrente von monatlich 300 DM ab 1. Januar 1950 bis zur Vollendung seines 65. Lebensjahres.

Die Beklagte hat behauptet, die Unfallfolgen seien längst abgeklungen, insbesondere sei der Kläger in seiner Erwerbsfähigkeit nicht mehr beschränkt.

Die Klage blieb in allen Instanzen erfolglos.

Entscheidungsgründe

1. Das Berufungsgericht hat sich dem eingehend begründeten Gutachten des Obermedizinalrates Prof Dr K. angeschlossen, das auf Grund einer längeren stationären Untersuchung des Klägers erstattet worden ist. Nach dem Inhalt dieses

Gutachtens liegt bei dem Kläger ein organisch-neurologischer Befund nicht vor. Es sei, so führt der Gutachter weiter aus, auch keine Antriebschwäche oder eine verlangsamte seelische Reaktionsweise festzustellen. Fühle der Kläger sich unbeobachtet, so sei sein Verhalten geordnet. Wenn es dagegen um die Verfolgung der geltend gemachten Ansprüche gehe, insbesondere aber bei der ärztlichen Begutachtung, sperre sich der Kläger nicht nur gegen jede bessere Einsicht, sondern auch gegen eine objektive medizinische Befundaufnahme. Der Kläger mache alsdann den Eindruck einer Verblödung, wobei sein pseudomentales Verhalten an Simulation angrenze. Sein Zustand sei durch eine psychische Fixierung der durch den Unfall ausgelösten und überbewerteten Begehrensvorstellungen und die zu psychogener Reaktionsweise neigende labile Veranlagung zu erklären. Das Vorliegen eines auf der Hirnverletzung beruhenden Verblödungsprozesses sei mit Sicherheit auszuschließen, dagegen lägen Merkmale des sogenannten Ganserschen Syndroms vor. Nur dadurch, daß dem Kläger bedeutet werde, daß seinen Ansprüchen eine Grenze gesetzt sei, könne es ihm möglich gemacht werden, sich selbst wieder zu finden und eine geordnete Arbeit aufzunehmen.

2. Die Revision bemängelt zu Unrecht, das Berufungsgericht habe die Beweismöglichkeiten nicht erschöpft und die Beweisaufnahme unzureichend gewürdigt (wird ausgeführt).

3. Ist also gegen die verfahrensmäßige Behandlung der Sache nichts zu erinnern, so fragt es sich, ob das Berufungsgericht mit Recht auf Grund seiner Feststellungen und der von ihm zugrunde gelegten Ausführungen des Sachverständigen Prof Dr K. die Schadensersatzansprüche des Klägers abgewiesen hat. Die Revision verneint das, indem sie auf die bekannte Rechtsprechung des Reichsgerichts zur sogenannten Unfallneurose verweist. Sie meint, der ursächliche Zusammenhang mit dem Unfall vom 2. April 1940 und dem zwar rentenneurotischen, aber doch die Arbeits- und Widerstandskraft des Klägers lähmenden Zustand habe nach dieser Rechtsprechung nicht verneint werden dürfen.

Der Revision ist zuzugeben, daß das Reichsgericht im Gegensatz zum früheren Reichsversicherungsamt (Entscheidung vom 24. September 1926, Entsch und Mitt des RVA 1927, 99) grundsätzlich auch dann einen ursächlichen Zusammenhang angenommen hat, wenn der Unfall eine Person betraf, die auf Grund einer neurotisch-labilen Veranlagung den sich ihr aufdrängenden Zweck- und Begehrensvorstellungen nicht den erforderlichen Widerstand entgegenzubringen vermochte und die hierdurch in ihrer Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt war. Insbesondere hat das Reichsgericht immer wieder betont, es gehe nicht an, die Schadensersatzpflicht auf körperlich feststellbare Schäden zu beschränken und durch den Unfall ausgelöste Störungen nervöser oder seelischer Art deshalb von der Schadensersatzpflicht auszunehmen, weil sie auf einer besonderen Veranlagung des Geschädigten beruhen. Wer einen gesundheitlich schon geschwächten Menschen verletzt habe, könne nicht verlangen, so gestellt zu werden, als wenn der Betroffene gesund gewesen wäre. Ob eine bereits gegebene



gesundheitliche Beeinträchtigung auf einem körperlichen Mangel oder auf einer in der Persönlichkeitsstruktur liegenden seelischen Anfälligkeit beruhe, mache rechtlich keinen Unterschied (RGZ 151, 279; 155, 37; 159, 257; 169, 117; JW 1936, 1356; JW 1938, 105; SeuffArch 95, 23).

Von medizinischer Seite wurde dieser Standpunkt durchweg bekämpft, wobei die Auseinandersetzung dadurch wesentlich erschwert war, daß der Betrachtungsweise ein verschiedener Ursachenbegriff zugrunde gelegt wurde. Das Reichsgericht hielt gegenüber diesen Angriffen und der geänderten Rechtsprechung im Gebiet des Sozialversicherungsrechts an seiner Auffassung fest und wies insbesondere darauf hin, daß der Richter über das Bestehen eines ursächlichen Zusammenhangs nach rechtlichen Gesichtspunkten entscheiden müsse. Immerhin hat auch das Reichsgericht in besonderen Fällen eine Verneinung der Entschädigungspflicht gebilligt (RGZ 103, 144; 108, 225) und in seiner Entscheidung DR 1942, 799 eine deutliche Tendenz zu einer Haftungseinschränkung unter dem Gesichtspunkt des „bloß äußeren Zusammenhangs“ zwischen Unfall und neurotischem Zustand erkennen lassen. Ferner ist vom Reichsgericht unter dem Gesichtspunkt des § 254 BGB versucht worden, einer allzu weit gespannten Haftung entgegenzutreten. Der erkennende Senat hat in seinem Urteil vom 8. Juli 1953 (VI ZR 137/52, Lind Möhr Nr 2 zu § 249 (Bb) BGB) der reichsgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich zugestimmt und die Möglichkeit bejaht, daß zwischen einem Unfall und einer durch ihn ausgelösten „Psychoreaktion“ ein adäquater ursächlicher Zusammenhang bestehen könne.

Einer erneuten Stellungnahme zu dem Problem bedürfte es nicht, wenn bei dem Kläger eindeutig eine bewußte Vortäuschung nicht bestehender Beschwerden festzustellen wäre. Einige Sätze des Berufungsurteils könnten in diesem Sinne zu verstehen sein. Jedoch lassen die Ausführungen des Berufungsurteils im Zusammenhang mit dem Gutachten wohl nur den Schluß zu, daß das Verhalten des Klägers zwar an Simulation und bewußter Aggravation angrenze, aber entscheidend doch dadurch charakterisiert sei, daß der seelisch labile Kläger unter dem Einfluß von Wunsch- und Zweckvorstellungen das Bestehen eines Unfallschadens psychisch fixiert habe und in dieser Fixierung befangen sei. Für das von dem Gutachter angenommene Gansersche Syndrom ist nach Bumke (Lehrbuch der Geisteskrankheiten, 1948 S 172) der fließende Übergang von willkürlichen und zwangsmäßigen Leistungen gerade kennzeichnend. Aus der Übersteigerung eines Affektes entsteht schließlich ein der Pseudodemenz verwandter kindisch-psychotischer Zustand, in dem der Patient zuletzt verhaftet bleibt. Es läßt sich daher auch nicht ohne weiteres mit Hilfe des § 254 BGB ein Schadensersatzanspruch ablehnen; denn die Bejahung eines Mitverschuldens wäre nur bei der Feststellung möglich, daß der Neurotiker in der Lage wäre, seinen Willen gemäß den Anforderungen seiner Situation zu steuern und seinen Begehrensvorstellungen wirksam Widerstand entgegenzusetzen. Gerade daran fehlt es in einer den seelischen Zustand kennzeichnenden Weise bei denjenigen, die sich in einer neurotisch-verkrampften Haltung in die Vorstellung flüchten, sie

seien krank und hätten daher einen Anspruch auf Sicherstellung ihrer Existenz gegen die Gemeinschaft oder einen Schuldigen (vgl hierzu die kritischen Bemerkungen von Wussow, Unfallhaftpflichtrecht 1954 S 51).

Der Senat hält daran fest, daß der Schädiger grundsätzlich auch die aus seelischer Reaktion des Betroffenen herrührenden Beeinträchtigungen zu entschädigen hat, wenn diese in adäquater Weise durch den Unfall verursacht sind. Damit allein, daß eine bestimmte Verhaltensweise als psychogene Reaktion gedeutet wird, kann der ursächliche Zusammenhang zwischen schadenstiftendem Ereignis und einem die Arbeits- und Widerstandskraft hemmenden Zustand noch nicht verneint werden. So sehr sich auch die Rechtsprechung mit den gewandelten Auffassungen der medizinischen und psychologischen Wissenschaft über das Wesen und die Entstehung neurotischer Verhaltensweisen vertraut machen muß, darf doch nicht übersehen werden, daß die Frage des Ursachenzusammenhangs als Rechtsfrage entschieden werden muß und daß der rechtlichen Betrachtungsweise eine Auffassung fremd ist, die den Ursachenzusammenhang auf körperlich-organische Geschehnisse beschränkt. Wenn versucht worden ist, die Haftung für Neuroseschäden unter dem Gesichtspunkt des „bloß äußeren Zusammenhangs“ einzuengen, so vermag dieser Begriff einer sachgemäßen Abgrenzung kaum zu dienen. Soll damit gesagt sein, die vorliegenden Beschwerden und Hemmungen würden mit einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit in gleicher Weise auch ohne den Unfall eingetreten sein, so kann der Richter bei der ihm durch § 287 ZPO verliehenen besonders freien Stellung in der Würdigung seiner Erkenntnismittel, insbesondere der Ergebnisse ärztlicher Begutachtung, den Ursachenzusammenhang überhaupt verneinen. Muß aber zugunsten des Klägers davon ausgegangen werden, daß ohne das Unfallgeschehen eben der seelische Zustand nicht vorliegen würde, der die Wiedereinführung des Klägers in das Arbeitsleben erschwert, so kann der ursächliche Zusammenhang auch dann nicht verneint werden, wenn eine wesentliche Mitursache dieses Zustandes in der seelisch anfälligen Persönlichkeit des Klägers liegt.

Erweist sich somit der Versuch als untauglich, unter ursächlicher Betrachtung zu einer Einschränkung der Haftung für Neuroseschäden zu gelangen, so ist doch unter einem anderen Gesichtspunkt eine Haftungseinschränkung erforderlich. Wenn die Rechtsordnung dem durch eine Körperverletzung Betroffenen einen Anspruch auf Schadensausgleich gibt, so will sie diesem helfen und seine baldige Genesung tunlichst erleichtern. Diesem Sinn des Schadensersatzanspruches widerspräche es, wenn gerade durch die Tatsache, daß ein anderer Schadensersatz zu leisten hat, die Wiedereinführung in den sozialen Lebens- und Pflichtenkreis erschwert oder gar unmöglich gemacht würde. Eben aus diesem Grunde wird durchweg von ärztlicher Seite darauf hingewiesen, die Schadensersatzregelung der Rechtsordnung dürfe nicht dazu führen, der Flucht des Rentenneurotikers in die Krankheit Vorschub zu leisten und seine „infantile Regression“ zu unterstützen, wodurch ihm vom Standpunkt der menschlichen Würde und vom Standpunkt ärztlicher Therapie der schlechteste Dienst geleistet werde (Bumke, aaO S 232;

Brun, Allgemeine Neurosenlehre, 3. Aufl. 1954, S 426; Hirschmann, Die Begutachtung der Neurosen in Sozialversicherung, 1953, 128; von Weizsäcker, Soziale Krankheit und soziale Gesundheit, 1955, 44). Führt die Begutachtung zu dem Ergebnis, daß das psychische Zustandsbild des Klägers, insbesondere dessen Untätigkeit, im wesentlichen durch das - wenn auch unbewußte - Streben nach einer ihm vorteilhaft erscheinenden Lebenssicherung oder die Anklammerung an eine vorgestellte Rechtsposition zu erklären ist - wobei der Unfall als Anlaß genommen wird, den Schwierigkeiten des Lebenskampfes auszuweichen -, so läßt sich billigerweise eine solche Folge nicht mehr dem Schädiger rechtlich zurechnen. Denn diesem kann nicht zugemutet werden, zu der Verfestigung eines Zustandes beizutragen, der letztlich der körperlichen und seelischen Gesundheit des Klägers abträglich ist. Aus diesem Grunde muß Ansprüchen von Rechts- und Rentenneurotikern eine Grenze gesetzt werden, die sich zwar nicht aus dem Fehlen eines ursächlichen Zusammenhangs, wohl aber aus dem Sinn des Schadensausgleichs und dem Gedanken der Billigkeit ableiten läßt. Ähnliche Erwägungen waren es auch, worauf der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zutreffend hingewiesen hat (BGHZ 3, 261 (263)), die Rechtslehre und Rechtsprechung veranlaßt haben, die Schadensersatzhaftung auf adäquate Folgen des schädigenden Ereignisses einzuschränken, obwohl das Gesetz eine solche Einschränkung nicht ausspricht. Soll eine Übersteigerung des Haftungsgrundsatzes vermieden werden, zu dem eine Würdigung unter bloß ursächlicher Betrachtungsweise führen würde, muß auch hier eine dem Sinn angemessener Schadenszurechnung entsprechende Einschränkung der Haftung erfolgen, wodurch zugleich einem berechtigten Anliegen der Sozialmedizin Rechnung getragen wird.

Naturgemäß wird es nur bei einer besonders eingehenden und sorgfältigen Würdigung der Persönlichkeit des Klägers möglich sein, Art und Entstehung seiner neurotischen Verhaltensweise richtig zu beurteilen. Dabei wird es insbesondere darauf ankommen, jene durch die Schwere des Unfalls, den erlittenen Schrecken oder die Eingriffe der ärztlichen Behandlung ausgelösten seelischen Störungen von denen abzugrenzen, die erst durch die sich an den Unfall und die dadurch erlangte Rechtsposition anknüpfenden Begehrensvorstellungen ihr Gepräge erhalten (vgl Brun, aaO S 425; Zweng in Sozialversicherung 1954, 36). Bei dieser Persönlichkeitserforschung kann der Nutzbarmachung der neueren situations- und psychotherapeutischen Behandlungsmethoden besondere Bedeutung zukommen (vgl Schultz, Arzt und Neurose 1953; von Weizsäcker, Soziale Krankheit und soziale Gesundheit 1955).

4. Wenn auch das Berufungsgericht die entscheidenden Rechtsprobleme nicht in allem zutreffend erkannt hat, so reichen doch die getroffenen Feststellungen aus, um das Bestehen eines Anspruchs auf Ersatz eines Erwerbsschadens verneinen zu können. Der Kläger ist besonders eingehend unter Beobachtung bei stationärem Krankenhausaufenthalt untersucht worden. Sein Verhalten ist nicht etwa durch psychogene Überlagerung eines organischen Krankheitsgeschehens zu erklären,

sondern dadurch gekennzeichnet, daß psychopathische Züge erst auftreten, wenn es sich um die Beschäftigung mit dem „Fall“ und die Erreichung der vorgestellten Wünsche handelt. Nach der Auffassung des Gutachters kann der Zustand wirksam nur behoben werden, wenn sich der Kläger der Wirklichkeit des Lebens wieder stellen muß. Im einzelnen sind alle Merkmale einer Tendenz- und Rechtsneurose festgestellt worden, die nach den vorher dargelegten Grundsätzen nicht durch Anerkennung eines Rechts der Untätigkeit gefördert werden darf. Angesichts der eindeutigen Feststellungen war kein Raum für die Anwendung des § 287 ZPO, dessen Nichtberücksichtigung die Revision insoweit zu Unrecht rügt. Das Berufungsgericht hat daher im Ergebnis zu Recht die Ansprüche des Klägers auf Ausgleich des geltend gemachten Erwerbsschadens verneint.

Die Freiheit ist nur in ihrer Form als körperliche Bewegungsfreiheit geschützt. Einflüsse auf die Entscheidungsbildung ohne Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit meint § 823 Abs. 1 BGB nicht.

*b. Der Schutz sonstiger Rechte in § 823 Abs. 1 BGB*

Als in § 823 Abs. 1 BGB geschützte sonstige Personenrechte sind anerkannt das Namensrecht (§ 12 BGB), das Urheberrecht, das Recht am eigenen Bild. Für das Recht am eigenen Bild finden wir eine gesetzliche Ausgestaltung in §§ 22, 23 KunstUrhG. Die Vorschriften lauten im Wortlaut:

§ 22 (Recht am eigenen Bilde)

Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Die Einwilligung gilt im Zweifel als erteilt, wenn der Abgebildete dafür, daß er sich abbilden ließ, eine Entlohnung erhielt. Nach dem Tode des Abgebildeten bedarf es bis zum Ablaufe von 10 Jahren der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten. Angehörige im Sinne dieses Gesetzes sind der überlebende Ehegatte und die Kinder des Abgebildeten, und wenn weder ein Ehegatte noch Kinder vorhanden sind, die Eltern des Abgebildeten.

§ 23 (Ausnahmen zu § 22)

(1) Ohne die nach § 22 erforderliche Einwilligung dürfen verbreitet und zur Schau gestellt werden:

1. Bildnisse aus dem Bereiche der Zeitgeschichte;
2. Bilder, auf denen die Personen nur als Beiwerk neben einer Landschaft oder sonstigen Örtlichkeiten erscheinen;
3. Bilder von Versammlungen, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen, an denen die dargestellten Personen teilgenommen haben;

4. Bildnisse, die nicht auf Bestellung angefertigt sind, sofern die Verbreitung oder Schaustellung einem höheren Interesse der Kunst dient.

(2) Die Befugnis erstreckt sich jedoch nicht auf eine Verbreitung und Schaustellung, durch die ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten oder, falls dieser verstorben ist, seiner Angehörigen verletzt wird.

Umstritten ist in Rechtsprechung und Literatur, ob und inwieweit auch die Ehe als ein sonstiges Recht im Rahmen des § 823 Abs. 1 geschützt ist. Die Rechtsprechung sieht nur den räumlich gegenständlichen Bereich der Ehe als geschützt an (Möglichkeit, den Ehebrecher aus der ehelichen Wohnung zu weisen); die Literatur will dagegen den Schutz weiter ausdehnen und auf Vermögensnachteile beziehen, die sich als Folge des eheverletzenden Verhaltens ergeben.

Die den Anspruch gegen den Ehepartner verneinende Leitentscheidung lautet wie folgt:

Gericht: BGH 4. Zivilsenat, Datum: 30. 01.1957, Az: IV ZR 279/56

Leitsatz

Dem Ehemann steht gegen seine Ehefrau ein Anspruch auf Ersatz der Kosten nicht zu, die ihm durch die Anfechtung der Ehelichkeit eines von seiner Ehefrau im Ehebruch erzeugten Kindes entstanden sind.

Fundstelle

BGHZ 23, 215-222 (LT1)

Tatbestand

Die Parteien haben im Jahre 1941 die Ehe miteinander geschlossen. Am 24. März 1949 hat die Beklagte eine Tochter geboren. Der Kläger erhob daraufhin Klage auf Scheidung seiner Ehe. Nachdem die Beklagte Widerklage erhoben hatte, wurde die Ehe durch Urteil des Landgerichts vom 3. März 1950 geschieden. Beide Ehegatten wurden für schuldig erklärt, die Beklagte, weil sie ehewidrige Beziehungen zu einem Bäckergehilfen im Betrieb des Klägers unterhalten hat. Nach der Scheidung seiner Ehe forcht der Kläger die Ehelichkeit des Kindes der Beklagten an. Durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts ist festgestellt, daß das Kind kein eheliches Kind des Klägers ist.

Der Kläger behauptet, durch den Anfechtungsprozeß gegen das Kind seien ihm Kosten in Höhe von 1.130,05 DM entstanden. Zur Erstattung dieser Kosten sei zwar das Kind verpflichtet, dieses sei aber mittellos. Für den dadurch ihm entstandenen Schaden nimmt er die Beklagte in Anspruch.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung wie die Revision des Klägers blieben ohne Erfolg.

#### Entscheidungsgründe

Das Landgericht wie das Oberlandesgericht haben dem Kläger einen Ersatz der ihm durch den Anfechtungsprozeß entstandenen Kosten versagt, weil das bürgerliche Recht einen Schadensersatzanspruch wegen dieser Kosten gegen den Ehegatten, der sich der Verletzung der Treuepflicht schuldig gemacht habe, nicht gewähre.

I. Die Frage, ob dem schuldlos geschiedenen Ehegatten ein Anspruch auf Entschädigung für die Nachteile eingeräumt werden soll, die ihm dadurch entstehen, daß der andere Ehegatte gegen die durch die Eingehung der Ehe begründeten Pflichten verstößt, ist bereits bei Schaffung des bürgerlichen Gesetzbuchs Gegenstand von Erörterungen gewesen. Wie die Motive zum BGB (Band 4 S 615) ergeben, ist diese Frage damals verneint worden, hauptsächlich weil man solche Ansprüche nicht mit dem Wesen der Ehe vereinbar hielt und der Auffassung war, daß ihre Zubilligung einer Scheidungsstrafe gleichkäme, die in bewußter Abweichung von früheren Rechten nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden sei. Das Reichsgericht hat sich in seiner Entscheidung RGZ 72, 128ff dieser Auffassung angeschlossen und Rechtslehre und Rechtsprechung sind dem weitgehend gefolgt (vgl insbes Martin Wolff in Enneccerus FamR 6. Aufl § 31 Fußn 9, Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht 14. Aufl § 234; Planck 4. Aufl § 1565 Anm 28; RGRK BGB 7. Aufl § 1565 Anm 1; Staudinger 9. Aufl § 1353 Anm 9a und § 1565 Anm 1f; Palandt 15. Aufl Einf zu § 1353 Anm 1; Erman § 1353 Anm 5).

Nach dem Zusammenbruch im Jahre 1945 ist eine gegenteilige Auffassung aufgekommen (vgl insbes Beitzke ZblJugR 1952, 211, Neumann-Duesberg DRZ 1950, 511; Schwab NJW 1956, 1149 und vor allem Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung I S 90, ArchZivPrax 155, 182f und Ehe und Familie 1956, 182, sowie die Entscheidung der Oberlandesgerichte Hamm JZ 1953, 757 und Oldenburg MDR 1953, 170).

II. Der erkennende Senat hat bereits in seiner Entscheidung vom 21. März 1956 - abgedruckt ua in LM Nr 3 zu § 823 (Af) BGB sowie NJW 1956, 1149 - zu der Frage Stellung genommen, ob neben den Ansprüchen, die das bürgerliche Recht in seinen familienrechtlichen Bestimmungen für den Fall der Verletzungen der Treuepflicht durch einen der Ehegatten gibt, noch weitergehende Ansprüche aus einer solchen Verletzung hergeleitet werden können. Der Senat hat diese Frage, soweit es sich um die Anwendung des § 823 BGB handelt, verneint. Trotz der gegen diese Entscheidung laut gewordenen Kritik sieht der Senat jedoch nach erneuter Prüfung keinen Anlaß, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Maßgebend sind hierfür im wesentlichen folgende Erwägungen:

1. Das bürgerliche Recht enthält zahlreiche Bestimmungen über die durch die Ehe begründeten Pflichten und über die Folgen ihrer Verletzung (vgl insbes das EheG sowie die §§ 1353, 1361, 1933, 2077, 2335 BGB). Diese besondere Regelung spricht grundsätzlich dafür, daß mit ihr ausschließlich und abschließend die Frage geklärt sein soll, welche Folgen eine Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten hat.

2. Dies steht mit den Erwägungen im Einklang, wie sie anläßlich der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs geschwebt haben und wie sie in den Motiven zum BGB Band 4 S 615 dargelegt sind.

3. Für eine abschließende Regelung im Familienrecht spricht, daß die dort vorgenommene Regelung der vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten bei einer Anwendung der §§ 823ff BGB in erheblichem Maße ihren Sinn verlieren würde. Denn eine Entschädigungspflicht auf Grund schuldrechtlicher Vorschriften würde wesentlich weitergehen, als die Pflichten, die in den familienrechtlichen Bestimmungen enthalten sind. Damit würde aber die in den familienrechtlichen Bestimmungen getroffene Regelung in erheblichem Umfang überflüssig werden.

4. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß die Eingehung der Ehe sowohl familienrechtliche als auch vermögensrechtliche Folgen hat. Grundsätzlich muß jedoch - entsprechend dem auch im § 888 Abs 2 ZPO zum Ausdruck gekommenen Grundsatz - zwischen den rein familienrechtlichen und den aus der Ehe sich ergebenden vermögensrechtlichen Pflichten der Ehegatten unterschieden werden. Die rein familienrechtlichen, wie zB die Pflicht zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft, die Treuepflicht, erschöpfen sich in einem diesen Pflichten entsprechenden Verhalten und, wenn aus der Verletzung solcher Pflichten Folgerungen zu ziehen sind, so lassen diese sich grundsätzlich nicht aus dem Schuldrecht herleiten, sondern müssen dem Wesen der Ehe entsprechend aus den für solche Verletzungen vom Familienrecht selbst gegebenen Vorschriften entnommen werden. Es entspricht nicht dem Wesen der Ehe und auch nicht dem heutigen sittlichen Empfinden, das sich seit der Zeit, in welchem das BGB geschaffen wurde, insoweit nichts geändert hat, die Ehe einem vermögensrechtlichen Geschäft gleichzustellen.

5. Zwar ist grundsätzlich eine Gesetzesauslegung zu billigen, die der Aufrechterhaltung einer dem feierlichen Ehegölbnis entsprechenden ehelichen Lebensgemeinschaft dient. Das hat der Senat vor allem in seiner Rechtsprechung zu § 48 EheG immer wieder betont. Die Anwendung der Schadensersatzbestimmungen des Schuldrechts auf ehewidriges Verhalten zeitigt jedoch Ergebnisse, die nicht erstrebenswert sind.

a) Zunächst würde die Verurteilung zur Leistung eines Schadensersatzes wegen eines Verstoßes gegen die durch die Ehe begründeten Pflichten praktisch der Verhängung einer Strafe gleichkommen. Man denke nur an den Fall, daß der

schuldlose Ehemann durch die unberechtigte Verweigerung der Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch die Ehefrau genötigt ist, eine bezahlte Hilfe für die Haushaltsführung zu nehmen, und das Gericht die Ehefrau wegen Verstoßes gegen § 1353 BGB verurteilen würde, ihrem Ehemann allmonatlich bis zur Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft einen den Kosten der Hilfe etwa entsprechenden bestimmten Betrag zu zahlen. Das würde darauf hinauslaufen, die Ehefrau zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch Geldstrafen anzuhalten nur mit der Besonderheit, daß dieses Geld nicht, wie in den Fällen des § 888 Abs 1 ZPO dem Staat, sondern dem Ehemann zufließen, außerdem § 888 Abs 2 ZPO dadurch wirkungslos werden würde.

b) Zuzugeben ist, daß aus Billigkeitsgründen nichts dagegen einzuwenden wäre, dem schuldigen Ehegatten die Kosten einer Anfechtung der Ehelichkeit des von ihm im Ehebruch erzeugten Kindes aufzuerlegen. Jedoch erschöpft sich damit noch nicht der Umfang der Schadensersatzpflicht des schuldigen Ehegatten, die nur grundsätzlich bejaht oder abgelehnt werden kann. Infolgedessen könnte im Falle der Bejahung der schuldlose Ehegatte entsprechend dem Grundsatz des § 249 BGB verlangen, in allen Beziehungen so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis und somit auch die durch dieses ausgelöste Scheidung der Ehe nicht eingetreten wäre. Er könnte daher auch nicht nur den angemessenen oder billigen Unterhalt von dem schuldigen Ehegatten verlangen, sondern im Widerspruch zu den Unterhaltsvorschriften der §§ 58 und 59 EheG einen Betrag, der ihm dieselbe Lebensführung ermöglicht, wie wenn die Ehe noch bestände. Der schuldlose Ehegatte würde ferner das Recht haben, im Falle des Todes des schuldigen Ehegatten hinsichtlich seines Nachlasses so gestellt zu werden, als ob die Ehe zu diesem Zeitpunkt noch bestanden hätte, wobei dann noch der Zweifel entstehen würde, ob dem schuldlosen Ehegatten die vermögensrechtliche Stellung eines Erben oder nur die eines Pflichtteilsberechtigten zuzubilligen wäre.

c) Die Vertreter der Rechtsauffassung, die die Schadensersatzansprüche bejahen, wollen zum Teil solche Ansprüche gegen den schuldigen Ehegatten nicht zulassen, so insbesondere Schwab, während Boehmer in Abweichung von seiner früheren Ansicht (Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung I 90) dies jetzt auf den Fall beschränken will, daß die Ehe weiterbesteht (ArchZivPrax 155, 190ff). Abgesehen davon, daß das Schuldrecht die von Boehmer vorgenommene Differenzierung wohl kaum rechtfertigt, wird aber die Versagung eines Schadensersatzanspruchs gegen den schuldigen Ehegatten sofort dadurch hinfällig, daß, wenn der an der Ehestörung beteiligte Dritte auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, er, der ja zusammen mit dem schuldigen Ehegatten als Mittäter aus unerlaubter Handlung haften würde, auf Grund des § 426 BGB von dem schuldigen Ehegatten einen Ausgleich verlangen könnte. Hierbei würde dann noch die Frage auftauchen, inwieweit etwa § 254 BGB anzuwenden wäre mit der Folge, daß möglicherweise der schuldige Ehegatte den Schaden überwiegend oder sogar allein zu tragen hätte.



d) Die Bejahung einer Schadensersatzpflicht kann auch, worauf bereits von den Motiven als nicht seltener Erscheinung hingewiesen wird, dazu führen, aus niedrigen Beweggründen den Scheidungsgrund zum Zwecke der eigenen Bereicherung auszunutzen.

e) Die weitere Folge wird mit großer Wahrscheinlichkeit sein, daß die Zahl der Prozesse zwischen Ehegatten erheblich vermehrt wird. In vielen Fällen wird sich dem Scheidungsprozeß und gegebenenfalls dem Unterhaltungsprozeß noch ein Schadensersatzprozeß anschließen.

f) Im Schadensersatzprozeß wird sich häufig die Notwendigkeit ergeben, hier erst genaue Feststellungen über den Verlauf der Ehe und das Verhalten der Ehegatten zu treffen. Denn entgegen der von Boehmer vertretenen Auffassung wird erfahrungsgemäß in vielen Fällen eine Scheidung nicht wegen ehewidriger Beziehungen zu einem Dritten, sondern trotz solcher Beziehungen nur aus in der Person des schuldigen Ehegatten liegenden anderen Gründen, zB wegen hartnäckiger Verweigerung der ehelichen Pflichten, ausgesprochen.

g) Abgesehen davon, daß solche Schadensersatzprozesse meist in recht wenig erfreulicher Weise sich abspielen und Parteien wie Gericht übermäßig belasten werden, bieten sie mit ihrem reinen Parteibetrieb auch nicht die Sicherheit wie die Durchführung eines Ehescheidungsverfahrens.

h) Schließlich wird, worauf gleichfalls die Motive bereits hingewiesen haben, die Festsetzung einer Entschädigung für den durch das ehewidrige Verhalten und die Scheidung der Ehe entstandenen Schaden immer mehr oder weniger willkürlich sein. Damit wird aber eine außerordentliche Rechtsunsicherheit erzeugt.

6. Der Hinweis Boehmers auf § 893 ZPO ist nicht überzeugend. Denn diese Bestimmung gewährt nicht einen selbständigen Schadensersatzanspruch, sondern stellt nur klar, daß das auf Grund bürgerlich-rechtlicher Vorschriften bestehende Recht, Schadensersatz zu verlangen, von den Zwangsvollstreckungsvorschriften der Zivilprozeßordnung nicht berührt wird (so auch Stein-Jonas-Schönke 18. Aufl Anm I zu § 893).

III. Die vorstehenden Erwägungen, die zu einer Versagung eines auf § 823 BGB gestützten Schadensersatzanspruchs führen, müssen auch gelten, wenn, wie dies hier der Fall ist, mit dem ehewidrigen Verhalten eine gegen die guten Sitten verstoßende vorsätzliche Schadenszufügung behauptet wird. Allerdings hat das Reichsgericht bereits in der SeuffArch 61 Nr 38 die Möglichkeit einer Haftung der Ehefrau aus § 826 BGB bejaht und es hat in seiner Entscheidung RGZ 152, 397ff die Anwendung des § 826 BGB in einem Falle zugelassen, in dem eine Ehefrau einen Ehebruch begangen hatte und aus diesem ein Kind hervorgegangen war, mit dem die Ehefrau und der Ehebrecher als mögliche Folge ihres Verkehrs gerechnet hatten. Rechtsprechung und Schrifttum sind auch weitgehend dieser Auffassung des Reichsgerichts gefolgt (vgl aus neuerer Zeit OLG Neustadt mit Anm von

Beitzke ZblJugR 1952, 211; Erman Anm 5 zu § 1353; Königs JR 1954, 206; Fiedler JR 1954, 452).

Dieser Ansicht kann sich aber der erkennende Senat nicht anschließen. Denn auch ihr steht entgegen, daß die familienrechtlichen Bestimmungen die Folgen einer Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten und der Scheidung einer Ehe abschließend regeln. Es kann vielmehr nur der Auffassung von Gieseke SJZ 1949, 627 und von Boehmer aaO S 194 zugestimmt werden, daß, wenn Schadensersatzansprüche wegen ehewidrigen Verhaltens auf Grund des § 823 BGB wegen der durch familienrechtliche Bestimmungen erfolgten Regelung zu verneinen sind, dies auch für einen Schadensersatzanspruch auf Grund des § 826 BGB gelten muß. Daß Bestimmungen des Familienrechts die Anwendung auch des § 826 BGB ausschließen können, hat der Senat bereits in seiner Entscheidung BGHZ 14, 358ff ausgesprochen.

Davon macht der BGH lediglich in einer ganz extremen Fallgestaltung eine Ausnahme:

Gericht: BGH 4b. Zivilsenat, Datum: 08. 04.1981, Az: IVb ZR 584/80

Leitsatz

Zur Schadensersatzpflicht der Ehefrau, die ihrem Ehemann vor der Eheschließung vorgespiegelt hat, daß nur er als Vater des von ihr erwarteten Kindes in Frage komme.

Fundstelle

BGHZ 80, 235-241 (LT1)

Tatbestand

Die Parteien unterhielten im Jahre 1964 intime Beziehungen zueinander, die sich gegen Ende des Jahres abkühlten, weil sich die Beklagte mit ihrem französischen Sprachlehrer L. angefreundet hatte. Zu Silvester 1964 erklärte die Beklagte dem Kläger, daß sie schwanger sei, wobei sie beteuerte, das Kind könne nur vom Kläger stammen, da es sich bei ihrer Beziehung zu L. nur um eine harmlose Freundschaft gehandelt habe.

Am 10. August 1965 schlossen die Parteien die Ehe miteinander, nachdem die Beklagte auf Verlangen des Klägers eine schriftliche Erklärung mit folgendem Wortlaut unterzeichnet hatte:

Ich ... erkläre hiermit, daß ich einzig und allein mit meinem zukünftigen Mann, Herrn U. N., geschlechtlich verkehrt habe. Somit kann dieser nur als Vater meines Kindes gelten. Eine Vaterschaft Dritter ist daher völlig ausgeschlossen. Im Bewußtsein der rechtlichen Folgen dieser Erklärung gebe ich diese im Besitz meiner geistigen und physischen Kräfte ab.

Am 7. September 1965 brachte die Beklagte eine Tochter zur Welt. Am 29. Februar 1968 wurde die Ehe der Parteien geschieden.

Durch Urteil vom 9. September 1977 wurde auf eine Anfechtungsklage des Klägers rechtskräftig die Nichtehelichkeit der Tochter der Beklagten festgestellt, nachdem ein im Rechtsstreit eingeholtes Blutgruppengutachten ergeben hatte, daß der Kläger nicht der Erzeuger des Kindes sein kann.

Der Kläger nimmt nunmehr die Beklagte auf Erstattung der Unterhaltsleistungen in Anspruch, die er dem Kind für die Zeit ab 1. Oktober 1970 gewährt hat; ferner begehrt er die Erstattung der ihm aus den Unterhaltsprozessen entstandenen Kosten. Er hat behauptet, die Beklagte habe ihn durch die Vorspiegelung, daß nur er als Vater des von ihr erwarteten Kindes in Frage komme, zur Eheschließung bewogen und ihrer Absicht gemäß erreicht, daß er dem Kinde Unterhalt habe leisten müssen.

Die auf Zahlung von insgesamt 31.455,81 DM nebst Zinsen gerichtete Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der (zugelassenen) Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

#### Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### I.

Das Berufungsgericht hat es dahingestellt gelassen, ob die Beklagte den Kläger - wie von diesem behauptet - durch arglistige Täuschung zur Eheschließung bestimmt und damit ihrer Absicht gemäß erreicht hat, daß der Kläger ihrem Kind Unterhalt leisten mußte. Es hat die Klage auch bei Unterstellung dieses Sachverhalts für unbegründet erachtet und dies wie folgt gerechtfertigt: Das Schuldrecht und insbesondere das Recht der unerlaubten Handlungen greife nicht ein, soweit familienrechtliche Verhältnisse abschließend in den Bestimmungen des Familienrechts geregelt seien. Dies sei bei der Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten der Fall. Ebenso habe es der Gesetzgeber bei Aufhebung der Ehe für den Zeitraum des Bestehens der Ehe bei deren vermögensrechtlichen Wirkungen bewenden lassen wollen. Nach diesen Grundsätzen seien auch im vorliegenden Fall Ersatzansprüche ausgeschlossen. Das Gesetz trage der rechtskräftigen Feststellung der Nichtehelichkeit des Kindes in § 1615b BGB durch den zu Gunsten des Scheinvaters angeordneten Forderungsübergang Rechnung. Rückgriffsansprüche gegen die Mutter habe der Gesetzgeber nicht vorgesehen. Das müsse auch für den Fall einer arglistigen Täuschung vor der Eheschließung gelten, die in die Ehe hinein fortwirke. Für das Verlöbnis seien die Ersatzpflichten in den §§ 1298, 1299 BGB abschließend geregelt. Die Zulassung von Schadensersatzansprüchen aufgrund der Täuschung würde dazu führen, daß tatsächlich die Ehe als nicht geschlossen anzusehen wäre, was nicht zugelassen

werden könne. Im übrigen seien Schadensersatzansprüche aufgrund der behaupteten Täuschung jedenfalls deshalb ausgeschlossen, weil die Ehe nicht wegen arglistiger Täuschung aufgehoben worden sei. Ebenso wie Ansprüche aus unerlaubter Handlung seien auch alle anderen, auf das gleiche Ziel gerichteten Ansprüche ausgeschlossen, etwa solche aus Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigter Bereicherung oder Verschulden bei Vertragsschluß.

## II.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Zutreffend ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß im Bereich familienrechtlicher Beziehungen schuldrechtliche Ersatzansprüche, insbesondere Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung, durch abschließende Sonderregelungen des Familienrechts ausgeschlossen sein können. So hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung - entgegen einer vor allem im Schrifttum bis in die jüngste Zeit vertretenen Auffassung (ua: Beitzke, Familienrecht 21. Aufl § 12 III 3c = S 62f; Gernhuber, Familienrecht 3. Aufl § 17 III 3 = S 165; Jayme, Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen 1971, S 223ff, 268; weitere Nachweise, insbesondere der zahlreichen Beiträge von Boehmer, in BGHZ 57, 229, 231 und bei Palandt/Thomas, BGB 40. Aufl § 823 Anm 6f) - Schadensersatzansprüche aufgrund ehestörenden Verhaltens sowohl gegen den anderen Ehegatten als auch gegen einen an der Ehestörung beteiligten Dritten verneint (BGHZ 23, 215; 23, 279; 26, 217; 57, 229; BGH NJW 1973, 991 = JZ 1973, 668m Anm Löwisch). Ebenso hat der Bundesgerichtshof entschieden, daß im Falle der Aufhebung einer Ehe wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten (§ 32 EheG) der irrende Ehegatte auf die in §§ 29 Satz 2, 37 EheG geregelten Rechtsfolgen verwiesen ist und nicht im Wege eines Schadensersatzanspruchs verlangen kann, so gestellt zu werden, als habe die Ehe nicht bestanden (BGHZ 48, 82).

2. Ein vergleichbarer Fall liegt jedoch hier nicht vor. Der mit der Klage geltend gemachte Schadensersatzanspruch ist nicht durch familienrechtliche Regelungen ausgeschlossen.

a) Die Rechtsgrundsätze über den Ausschluß eines deliktischen Ersatzanspruchs für Schäden, die ihre Ursachen in Ehestörungen haben, betreffen den Klageanspruch nicht. Nach den genannten Grundsätzen kann ein Ehemann nicht aufgrund des Ehebruchs seiner Ehefrau, aus dem ein Kind hervorgegangen ist, von der Ehefrau oder dem am Ehebruch beteiligten Dritten nach dem Recht der unerlaubten Handlungen den Ersatz des Vermögensschadens verlangen, der ihm infolge der Scheinehelichkeit des Kindes entstanden ist (BGHZ 23, 215; 26, 217; 57, 229). Ein solcher Anspruch steht jedoch hier nicht in Frage. Die Beklagte hat das Kind vor der Ehe empfangen. Der Kläger stützt sein Begehren auch nicht darauf, daß sich die Beklagte mit einem anderen Mann eingelassen habe, sondern

darauf, daß sie ihm vorgespiegelt habe, nur er könne der Vater des Kindes sein, und ihn dadurch zur Eheschließung bestimmt habe.

b) Aufgrund des vom Kläger behaupteten Verhaltens der Beklagten hätte dieser nach § 33 EheG die Aufhebung der Ehe wegen arglistiger Täuschung verlangen können (BGHZ 29, 265, 268; vgl auch BGHZ 5, 186). Durch die Aufhebung wäre die Ehe nicht rückwirkend, sondern nur für die Zukunft aufgelöst worden (§ 29 Satz 2 EheG). Der Bestand der Ehe bis zur Rechtskraft des Aufhebungsurteils und die daraus folgenden vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe wären nach §§ 29 Satz 2, 37 EheG bestehen geblieben; dies gilt nach der Neufassung des § 37 EheG durch das 1. EheRG in gleicher Weise wie nach der früher geltenden Fassung der Vorschrift.

Wenn die mit der Klage geltend gemachte Schadensersatzforderung darauf gerichtet wäre, die Belastung durch eine vermögensrechtliche Wirkung der Ehe in diesem Sinne zu beseitigen, würde sich die Frage stellen, ob einem solchen Begehren die Regelung der §§ 29 Satz 2, 37 EheG entgegenstünde. Der Bundesgerichtshof hat in der bereits genannten Entscheidung BGHZ 48, 82 angenommen, daß derartige Schadensersatzansprüche während des Bestehens der Ehe nicht geltend gemacht werden können und auch nach der Aufhebung der Ehe wegen Irrtums ausgeschlossen sind. Ob im Falle der Aufhebung der Ehe wegen arglistiger Täuschung oder Drohung (§§ 33, 34 EheG) etwas anderes gelten könnte, hat er offen gelassen (BGHZ aaO S 88; für die Zulassung von Deliktsansprüchen insoweit ua: Erman/Ronke, BGB 6. Aufl § 37 EheG RdNr 14; Gernhuber aaO § 14 VIII 5 = S 144). Nicht behandelt ist in der genannten Entscheidung auch der Fall, daß die Ehe wegen arglistiger Täuschung hätte aufgehoben werden können, es jedoch nicht zur Aufhebung gekommen ist, weil die Ehe aus einem anderen Grunde aufgelöst worden ist, bevor der getäuschte Ehegatte die Täuschung entdeckt hatte.

Hier kommt es jedoch auf diese Problematik nicht an. Die familienrechtlichen Vorschriften, nach denen im vorliegenden Fall der Bestand der Ehe bis zu ihrer Auflösung selbst im Falle der Aufhebung wegen arglistiger Täuschung nicht beeinträchtigt worden wäre, stehen dem Klageanspruch schon deshalb nicht entgegen, weil dieser - entgegen der offenbar vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung - nicht auf die Beseitigung einer vermögensrechtlichen Wirkung der Ehe im dargelegten Sinne gerichtet ist. Die Eheschließung war zwar ursächlich dafür, daß der Kläger als Scheinvater zunächst mit den Unterhaltszahlungen und Prozeßkosten belastet wurde. Sie hatte jedoch nicht zur Folge, daß das Kind, das nach dem Ergebnis des Anfechtungsprozesses nicht vom Kläger abstammen kann, ehelich wurde (§ 1591 Abs 1 Satz 2 BGB). Die Nichtehelichkeit des Kindes und damit auch die fehlende Unterhaltspflicht des Ehemannes (§§ 1589 Satz 1, 1601 BGB) konnte nach § 1593 BGB allerdings erst geltend gemacht werden, nachdem die Ehelichkeit angefochten und die Nichtehelichkeit rechtskräftig festgestellt worden war. Die Feststellung der Nichtehelichkeit wirkt jedoch in jeder Beziehung zurück, und zwar auch in die Zeit vor Auflösung der Ehe. Nicht der Scheinvater,

sondern der Erzeuger und wahre Vater ist und war von Anfang an der Unterhaltspflichtige (BGHZ 57, 229, 235; Senatsurteil vom 8. Oktober 1980 - IVb ZR 535/80 = FamRZ 1981, 30). Die Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes ist auch in ihrer Geltendmachung vom Bestand der Ehe unabhängig. Der Kläger mußte die Scheinehelichkeit des Kindes während des Bestandes der Ehe nicht hinnehmen. Wenn er es infolge einer Täuschung über die Abstammungsverhältnisse trotzdem tat, beruht dies nicht auf einer Rechtswirkung der Ehe. Die Bestandskraft der Ehe bis zu ihrer Auflösung kann sich deshalb nicht dahin auswirken, daß ein auf die Täuschung über die Abstammungsverhältnisse gestützter deliktischer Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist.

c) Auch aus sonstigen familienrechtlichen Gesichtspunkten ergibt sich ein solcher Ausschluß nicht. Der Übergang des Unterhaltsanspruchs des Kindes gegen seinen Erzeuger auf den Unterhalt leistenden Scheinvater nach § 1615b Abs 2 BGB schließt deliktische Ansprüche des Scheinvaters gegen Dritte ebensowenig aus wie Bereicherungsansprüche (vgl dazu BGHZ 43, 1, 10; Senatsurteil FamRZ 1981, 30); der Anspruchsübergang ist gegebenenfalls unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen.

Die vom Berufungsgericht noch herangezogenen §§ 1298, 1299 BGB sind nicht einschlägig. Sie regeln die Ersatzpflicht für den Fall des Rücktritts vom Verlöbnis. Zu diesem Regelungsbereich hat der vorliegende Schadensfall keine Beziehung. Im übrigen ist nicht festgestellt, daß die Parteien im Zeitpunkt der Täuschungshandlung verlobt waren.

### III.

Der Sachvortrag des Klägers, dessen Richtigkeit das Berufungsgericht nicht geprüft hat, könnte, wenn er zutrifft, eine Schadensersatzpflicht der Beklagten nach § 823 Abs 2 BGB iVm § 263 StGB und nach § 826 BGB begründen. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob bereits in der Eheschließung eine von der Beklagten durch die Täuschung bewirkte schädigende Einwirkung des Klägers auf seine Vermögenslage gesehen werden könnte (vgl dazu BGHZ 48, 83, 86; RGSt 34, 86; Schönke/Schröder, StGB 20. Aufl § 263 RdNr 160). Eine solche läge jedenfalls darin, daß der Kläger infolge der Täuschung über die Abstammungsverhältnisse unbeschadet der Eheschließung auch davon abgesehen hat, die Ehelichkeit des Kindes anzufechten. Den Ersatzansprüchen steht entgegen einer vom OLG Hamburg (MDR 1970, 507; gleicher Ansicht offenbar auch Engel, Der Rückgriff des Scheinvaters wegen Unterhaltsleistungen 1974, S 99, 102, 115, unter Verweisung auf Dieckmann, JuS 1969, 106 Fn 65) vertretenen Ansicht - auch nicht entgegen, daß der Kläger vor der Anfechtung der Ehelichkeit seine fehlende Unterhaltsverpflichtung nach § 1593 BGB nicht geltend machen konnte. Die schädigende Einwirkung durch die arglistige Täuschung würde gerade darin liegen, daß der Kläger davon abgehalten wurde, von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch zu machen.

Es kommt daher darauf an, ob die Behauptungen des Klägers über die Täuschungshandlung der Beklagten, die damit von der Beklagten verbundene Absicht und die dadurch bewirkten Folgen zutreffen. Da diese Prüfung dem Tatrichter vorbehalten ist, muß die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Die Leitentscheidung, die auch einen Anspruch gegen den Dritten aus § 823 Abs. 1 BGB verneint, lautet in den tragenden Passagen wie folgt:

Gericht: BGH 4. Zivilsenat, Datum: 06. 02.1957, Az: IV ZR 263/56

Leitsatz

Wird eine Ehe wegen ehewidriger Beziehungen eines Ehegatten zu einem Dritten geschieden, so sind Ersatzansprüche auf Grund der BGB § 823, BGB §§ 823ff wegen des Schadens, der dem anderen Ehegatten durch die Scheidung seiner Ehe entsteht, auch gegen den Dritten nicht gegeben.

Fundstelle

BGHZ 23, 279-282 (LT1)

Aus den Entscheidungsgründen

...

1. Die durch die Eingehung einer Ehe begründeten Pflichten sind dem Wesen der Ehe entsprechend persönliche Verpflichtungen der Ehegatten. Ihre Beachtung, insbesondere die Wahrung der Treuepflicht liegt dem Ehegatten persönlich ob. Infolgedessen können diese persönlichen Verpflichtungen gegenüber dem anderen Ehegatten auch nur durch den Ehegatten selbst verletzt werden. Diesen allein können daher grundsätzlich nur die Folgen einer Verletzung treffen.

2. Zwar ist nicht zu verkennen, daß ein ehewidriges Verhalten, insbesondere wenn dieses zu einer Scheidung führt, einen Schaden für den schuldlosen Ehegatten zur Folge haben kann. Das Gesetz will aber, wie in dem oben angeführten Urteil des Senats ausgeführt ist, hierfür einen über die familienrechtlichen Bestimmungen hinausgehenden Ersatz nicht geben. Dies würde jedoch eintreten, wenn das ehewidrige Verhalten als eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823ff nach diesen Bestimmungen eine Schadensersatzpflicht auslösen würde. Denn der in Anspruch genommene Dritte würde dann von dem schuldigen Ehegatten als Mittäter bei der unerlaubten Handlung einen Ausgleich gemäß den §§ 840, 426, 254 BGB verlangen können.

3. Eine über einen Verstoß gegen die durch die Ehe begründeten Pflichten hinausgehende unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823ff BGB liegt nicht vor. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben lediglich ehewidrige Beziehungen zwischen dem Ehemann der Klägerin und der Beklagten bestanden,

die Anlaß zur Scheidung der Ehe gegeben haben, und nur durch diese und die damit erfolgte Zerstörung der Ehe soll der Gesundheitsschaden der Klägerin eingetreten sein. Das, was die Klägerin von der Beklagten fordert, ist somit lediglich Schadenersatz wegen der Zerstörung ihrer Ehe infolge ehewidriger Beziehungen und der ihrer Darstellung nach nur dadurch verursachten Gesundheitsschädigung.

Da somit schon aus den dargelegten Gründen der Klägerin ein Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte zu versagen war, mußte, ohne daß es einer Entscheidung bedarf, ob und inwieweit die übrigen Angriffe der Revision gerechtfertigt sind, der Schmerzensgeldanspruch abgewiesen werden.

Allerdings können sich gegen den Dritten Ansprüche aus dem Familienrecht geben:

Gericht: BGH 4. Zivilsenat, Datum: 03. 11.1971, Az: IV ZR 86/70

Leitsatz

Der Ehemann der Mutter hat wegen der Kosten, die ihm durch den Ehelichkeitsanfechtungsprozeß entstanden sind, einen sich nach Unterhaltsrecht bestimmenden Ausgleichsanspruch gegen den Erzeuger des Kindes.

Fundstelle

BGHZ 57, 229-237 (LT1)

Aus den Entscheidungsgründen

Ob für Aufwendungen oder Schäden, die ihre Ursache in Ehestörungen haben, von dem Störer Ersatz zu leisten ist, ist umstritten. Das gilt insbesondere auch für die Frage, ob der Ehebrecher die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, in dem die Ehelichkeit des Kindes angefochten wird. Die Frage hat (entgegen einer Anregung von Beitzke, FamRZ 1959, 45) in dem Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19. August 1969 keine Regelung gefunden.

a) Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, daß Ehestörungen eine Schadenersatzpflicht auf der Grundlage des § 823 Abs 1 BGB nach sich ziehen, ist im Schrifttum vor allem von Boehmer in zahlreichen Beiträgen vertreten worden.

Der Bundesgerichtshof ist dem nicht gefolgt. Er hat ebenfalls angenommen, daß die Ehe ein Recht auf Fortbestand oder Ungestörtheit der ehelichen Lebensgemeinschaft gewähre. Doch könnten, wie der Bundesgerichtshof ausgeführt hat, aus einer Störung dieses Bereichs keine Schadenersatzansprüche hergeleitet werden. Die Ehe stehe außerhalb der Rechtsverhältnisse, deren Verletzung allgemeine Ansprüche auf Ersatz von Vermögensschäden auslösen könne. Der Schutzzweck des § 823 Abs 1 BGB erfasse nicht die störenden Eingriffe Dritter in den familienrechtlichen Bereich der Ehe. Es sei auch kaum



gerechtfertigt, von den beiden Teilnehmern an einem Ehebruch nur den Dritten, nicht aber den ungetreuen Ehegatten als Schadensersatzpflichtig anzusehen. Eine Mithaftung des ungetreuen Ehegatten sei aber mit der abschließenden Regelung der Verletzung ehelicher Pflichten im Ehegesetz und BGB nicht vereinbar. Außerdem bleibe unklar, wie der Umfang der Schadensersatzansprüche begrenzt werden solle (BGH FamRZ 1956, 180 = NJW 1956, 1149; BGHZ 23, 215; 23, 279 und 26, 217).

An dem Rechtsstandpunkt, daß der Bereich der Ehestörungen nicht dem deliktischen Rechtsgüterschutz des § 823 Abs 1 BGB zuzuordnen ist, ist festzuhalten. Eine die Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft der Ehegatten beeinträchtigende Ehestörung ist ohne Mitwirkung eines der Ehegatten nicht möglich. Sie stellt damit in wesentlicher Hinsicht einen innerehelichen Vorgang dar. Dieser aber ist in den Schutzzweck der deliktischen Haftungstatbestände nicht einbezogen. Das muß sich auch auf die Beteiligung des Dritten auswirken. Das Verhalten des ungetreuen Ehegatten ist so eng mit dem des Dritten verbunden, daß es nicht angeht, die Ehestörung in eine allein eherechtlich zu beurteilende Verfehlung des ungetreuen Ehegatten und eine Schadensersatzansprüche auslösende unerlaubte Handlung des Dritten aufzuteilen. Das wird besonders deutlich, wenn man bedenkt, daß die eheliche Lebensgemeinschaft nicht nur durch Ehebruch verletzt werden kann, vielmehr jedes geschlechtsbetonte Verhältnis, auch jedes Verhalten, das nur den „bösen Schein“ eines solchen Verhältnisses hervorruft, einen für einen Anspruch nach § 823 Abs 1 BGB erheblichen Eingriff in den ehelichen Bereich darstellen kann (Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts 2. Aufl S 141f). Eine Begrenzung der Schadensersatzpflicht nach Tatbestand und Umfang erschiene kaum möglich. Der mehrfach gemachte Vorschlag, Schadensersatz nur für positiv entstandene Nachteile, nicht aber für entgangene Vorteile zu gewähren (vgl insbesondere Eike von Hippel NJW 1965, 664, 667), findet im Schadensersatzrecht (§§ 249ff BGB) keine ausreichende Rechtfertigung. Auch der Vorschlag Gernhubers, zwischen einem dem Deliktsschutzzweck nicht unterliegenden „Bestandsinteresse“ der Ehe und einem ihm zuzurechnenden „Abwicklungsinteresse“ zu unterscheiden, vermag nicht zu überzeugen, zumal dann im Prozeß wegen Erstattung des Abwicklungsschadens, insbesondere der Kosten des Scheidungsprozesses, in vielen Fällen aufgeklärt werden müßte, ob der in Frage stehende Eingriff in die Ehe eine ehestörende Wirkung gehabt hat, dh es müßte bei gescheiterten Ehen ermittelt werden, woran diese zerbrochen sind, eine Prüfung, die nicht einmal im Scheidungsprozeß immer erforderlich ist und nach der Begründung für die beabsichtigte Einführung des Zerrüttungsprinzips bei der Scheidung gerade vermieden werden soll. Es muß daher dabei bleiben, daß die Auseinandersetzung wegen der in der Ehe begangenen Verfehlungen, auch soweit dritte Personen beteiligt sind, allein dem ehelichen Bereich zu überlassen ist (so auch zutreffend Fikentscher, Schuldrecht 2. Aufl S 650).

b) Soweit die Kosten eines Ehelichkeitsanfechtungsverfahrens in Rede stehen, ist die Haftung des Ehebrechers auch aus der familienrechtlichen Unterhaltspflicht

hergeleitet worden in Verbindung mit dem gesetzlichen Forderungsübergang entsprechend § 1709 Abs 2 BGB aF oder § 1615b Abs 1 BGB nF. Dieser Weg ist von Beitzke in mehreren Beiträgen vorgezeichnet worden (JR 1957, 129; FamRZ 1959, 44, 45 und NJW 1966, 2119). Ihm haben sich im wesentlichen Bartholomeyczik (Erman BGB 4. Aufl Anm 5f zu § 1353) und Göppinger (Staudinger BGB 10./11. Aufl Rn 76 zu § 1709) angeschlossen, ebenso auch Schrade (FamRZ 1957, 342, 345) sowie in der Rechtsprechung OLG Köln (FamRZ 1963, 584 = NJW 1963, 2028), OLG Celle (in der Zweitbegründung der bereits genannten Entscheidung FamRZ 1964, 366, 368 Ziff 5) und die Landgerichte Bonn (NJW 1966, 2119), Hannover (NdsRpfl 1967, 180), Bielefeld (FamRZ 1968, 655) und Kassel (FamRZ 1971, 200). Der Bundesgerichtshof hat diese Haftungsgrundlage bisher nur für die Beträge anerkannt, die der Scheinvater dem Kinde als Prozeßkostenvorschüsse gezahlt hat (FamRZ 1964, 558 = NJW 1964, 2151 und FamRZ 1968, 78 = NJW 1968, 446).

Mit dem Beitzke gewiesenen Lösungsweg, der die Erstattungspflicht des Ehebrechers hinsichtlich der Kosten des Anfechtungsverfahrens nicht auf die geleistete Prozeßkostenvorschüsse beschränkt, ist erneut die Frage nach dem Umfang des Unterhalts aufgeworfen. Seitdem das Gleichberechtigungsgesetz mit § 1360a Abs 4 BGB eine Regelung über die Prozeßkostenvorschußpflicht geschaffen hat, ist anerkannt, daß die Zahlung von Prozeßkostenvorschüssen ihren Rechtsgrund in der Unterhaltspflicht hat (vgl statt vieler Palandt/Lauterbach BGB 30. Aufl Anm 3 zu § 1360a und die Entscheidung des erkennenden Senats FamRZ 1971, 360 = NJW 1971, 1262). Das gilt nicht nur für das Verhältnis zwischen Ehegatten, sondern ebenfalls für das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern. Der Prozeßkostenvorschuß soll dem Unterhaltsberechtigten, der nicht in der Lage ist, die Kosten eines Rechtsstreits zu tragen, der eine persönliche Angelegenheit betrifft, die Führung dieses Rechtsstreits ermöglichen. Darauf beschränkt sich im allgemeinen, wie man angenommen hat, die Unterhaltspflicht, soweit es um die Kosten von Prozessen des Unterhaltsberechtigten geht. Das könnte jedoch anders zu beurteilen sein, soweit die Ehelichkeitsanfechtung in Frage steht. Die Klärung der Abstammung ist für die Person und die rechtlichen und sozialen Verhältnisse des Kindes von so grundlegender Bedeutung, daß die Frage berechtigt ist, ob die Aufwendungen, die für diese Klärung erforderlich sind, nicht insgesamt zum Lebensbedarf des Kindes im Sinne des § 1610 Abs 2 BGB zu rechnen sind. Die Frage würde zu bejahen sein, wenn unter Lebensbedarf nicht nur dasjenige zu verstehen ist, was zur Aufrechterhaltung der Lebensgrundlage im engeren Sinne notwendig ist, wie insbesondere Ernährung, Kleidung und Wohnung, sondern neben der Ausbildung auch die Wahrung und Klarstellung der Rechtspositionen des Kindes, jedenfalls in ihren wesentlichen Grundlagen. Zu diesen gehören ohne Zweifel die Statusverhältnisse des Kindes. Danach würde es, wie Beitzke ausgeführt hat (FamRZ 1959, 45), Aufgabe des Unterhaltspflichtigen sein, für die Ordnung der Statusverhältnisse des Kindes aufzukommen. Dem stünde nicht entgegen, daß unter Umständen erst der Ehelichkeitsanfechtungsprozeß Aufschluß über die Person des Unterhaltspflichtigen gibt und der Unterhaltsanspruch erst

nach rechtskräftiger Feststellung der Nichtehelichkeit des Kindes und Feststellung der Vaterschaft geltend gemacht werden kann (§§ 1593, 1600a Satz 2 BGB). Denn die Feststellung der Nichtehelichkeit wirkt in jeder Beziehung zurück. Nicht der Scheinvater, sondern der Erzeuger und wahre Vater ist und war von Anfang an der Unterhaltspflichtige; er hat den Unterhalt auch für die Vergangenheit und auch für einen Sonderbedarf zu leisten (§§ 1613, 1615d BGB). Nach dieser Auffassung würde der Unterhalt, soweit es um die Ehelichkeitsanfechtung geht, nicht nur die Ermöglichung der Prozeßführung umfassen, sondern die (prozessuale) Klärung der Abstammung insgesamt mit allem, was dazugehört, daher mit allen dafür erforderlichen Kosten. Auf die im Anfechtungsprozeß ergangene Kostenentscheidung käme es für die Ausgleichspflicht des Kindeserzeugers nicht an.

Dieser Betrachtungsweise, die viel für sich hat, steht allerdings entgegen, daß die Ehelichkeitsanfechtung nicht immer im Interesse des Kindes zu liegen braucht. Zumindest für die Fälle, in denen die Ehelichkeitsanfechtung den Interessen des Kindes zuwiderläuft, erscheint es bedenklich, die Klärung der Abstammung durch Ehelichkeitsanfechtung zum Lebensbedarf des Kindes zu rechnen, auch wenn Lebensbedarf in einem weiteren Sinne verstanden wird, als das früher (etwa in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch) geschehen ist. Dennoch erscheint die Auffassung, daß der Erzeuger für die Kosten die Abstammungsklärung aufzukommen hat, zutreffend. Er steht dieser Aufgabe jedenfalls näher als der Scheinvater. Denn er ist neben der Mutter verantwortlich für die Situation der Scheinehelichkeit des Kindes, auf der allein die Verpflichtungen des Scheinvaters beruhen. Zu diesen gehört neben der Pflicht, den Lebensunterhalt des Kindes zu bestreiten, die Aufgabe, sich über die Anfechtung der Ehelichkeit schlüssig zu werden, diese gegebenenfalls zu betreiben und die dafür erforderlichen Kosten aufzuwenden. Daß er und das Kind, die beide an der Notwendigkeit der Ehelichkeitsanfechtung „unschuldig“ sind, die Kosten des Verfahrens zu tragen haben (§ 93c ZPO), ist lediglich eine Folge davon, daß die Anfechtung gesetzlich in der Form eines zwischen Ehemann der Mutter und Kind zu führenden Parteienprozesses ausgestaltet ist (§§ 1594ff BGB). Das macht es nicht möglich, die Verfahrenskosten dem für die Notwendigkeit des Prozesses verantwortlichen, an ihm aber nicht beteiligten Erzeuger aufzuerlegen. Es erscheint daher angebracht, eine der Billigkeit entsprechende Lösung ungeachtet dieser prozessualen Kostenregelung in einem materiellrechtlichen Interessenausgleich zu suchen. Dieser ist im Verhältnis zwischen Scheinvater, Kind und Erzeuger bei Abwägung der bestehenden Verantwortlichkeiten darin zu sehen, daß nicht das Kind und der Scheinvater, sondern, wenn nicht unmittelbar nach Unterhaltsrecht, so doch jedenfalls in analoger Anwendung der §§ 1610 Abs 2, 1615b Abs 1 BGB letztlich der wahre Vater die Kosten der Anfechtung zu tragen hat. Hierbei kann es nicht darauf ankommen, ob die Anfechtungsklage vom Kind oder vom Ehemann der Mutter erhoben worden ist, welches die Motive des Ehemannes der Mutter für die Erhebung der Anfechtungsklage gewesen sind und ob die Anfechtung objektiv im Interesse des Kindes liegt, was im übrigen oft nur mit großen Schwierigkeiten

und Unsicherheitsfaktoren festzustellen sein würde, weil nicht nur die Verhältnisse während des Anfechtungsstreits, sondern auch diejenigen in Betracht gezogen werden müßten, die das Kind in den kaum übersehbaren künftigen Lebensbereichen erwarten. Demgemäß ist dahin zu entscheiden, daß den Erzeuger des Kindes die Verpflichtung trifft, dem Ehemann der Mutter im Wege einer familien- oder unterhaltsrechtlichen Ausgleichspflicht alle für den Ehelichkeitsanfechtungsprozeß gemachten Aufwendungen zu erstatten. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, die die Erstattungspflicht auf die Prozeßkostenvorschüsse beschränkt hat, wird nicht aufrechterhalten.

Dieser Ausgleichsanspruch erscheint, wie angemerkt werden mag, auch sachgerechter als ein deliktischer Schadensersatzanspruch. Es bedarf zum Unterschied von der Haftung nach § 823 Abs 1 BGB nicht der Prüfung eines Verschuldens des Ehebrechers, das fraglich sein kann, wenn bei der Zeugung des Kindes, wie im vorliegenden Falle, bereits ein Scheidungsurteil ergangen war, dessen Rechtskraft der Ehebrecher irrtümlich angenommen haben könnte, oder wenn der Erzeuger aus anderen Gründen den Familienstand der Mutter nicht kannte. Im Schadensersatzprozeß müßte darüberhinaus, wie bereits erwähnt worden ist, in vielen Fällen erst aufgeklärt werden, ob der Ehebruch noch eine ehestörende Wirkung gehabt hat. Ferner wäre im Deliktsrecht die Mithaftung der Mutter streitig, während sich bei direkter oder analoger Anwendung des Unterhaltsrechts ihre anteilige Haftung aus ihrer eigenen Unterhaltspflicht nach § 1606 Abs 3 BGB ergibt. Andererseits kommt bei Geltendmachung des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs die zum Schutze des Kindes bestehende Regel zum Zuge, daß der Übergang des Anspruchs auf den Ehemann der Mutter nicht zum Nachteile des Kindes geltend gemacht werden kann (§ 1615b Abs 1 Satz 2 BGB).

Somit haben die Vorinstanzen den Anspruch des Klägers im Ergebnis zutreffend dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Revision war daher zurückzuweisen.

### *c. Personenschutz durch Schutzgesetze*

Als den Personenschutz gewährleistende Schutzgesetze kommen vor allem die Vorschriften des 10. bis 18. Abschnitts des Strafgesetzbuchs in Betracht. Hier ist in Sonderheit der Schutz der persönlichen Ehre aus den §§ 185 ff. StGB zu nennen. Kein Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB enthält § 323c StGB. Nach einer Entscheidung des OLG Frankfurt (VersR 1989, 1154) geht es nicht an, denjenigen in den Haftungsfolgen dem Täter gleichzustellen, dem lediglich vorgeworfen wird, dem Opfer nicht geholfen zu haben.

*d. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht*

Das Reichsgericht hat es in ständiger Rechtsprechung abgelehnt, ein APR als sonstiges Recht i.S. des § 823 Abs. 1 BGB anzuerkennen. Erst der BGH hat sich unter dem Eindruck einerseits der Wertentscheidungen des Grundgesetzes und andererseits der gesteigerten Eingriffsmöglichkeiten dazu entschlossen, das APR als in § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Recht anzuerkennen. Schon in seiner ersten Entscheidung (Schacht-Leserbrief) hat er hervorgehoben, dass der Schutzzumfang im Einzelfall durch Güterabwägung bestimmt werden müsse:

Gericht: BGH 1. Zivilsenat, Datum: 25. 05.1954, Az: I ZR 211/53

Leitsatz

Briefe oder sonstige private Aufzeichnungen dürfen in der Regel nicht ohne Zustimmung des noch lebenden Verfassers und nur in der vom Verfasser gebilligten Weise veröffentlicht werden. Das folgt aus dem in GG Art 1, GG Art 2 verankerten Schutz der Persönlichkeit und gilt daher auch dann, wenn die Aufzeichnungen nicht die individuelle Formprägung aufweisen, die für einen Urheberrechtsschutz erforderlich ist.

Fundstelle

BGHZ 13, 334-341 (LT1)

Zum Sachverhalt (vereinfacht)

Die Beklagte veröffentlichte in ihrer Zeitung einen Artikel, der sich mit dem politischen Wirken des Dr S. während des nationalsozialistischen Regimes und in den Jahren nach dem Krieg auseinandersetzte.

Im Auftrage von Dr S. übersandte der Kläger, ein Rechtsanwalt, der Beklagten ein Schreiben. Es enthielt Richtigstellungen von in dem Zeitungsartikel aufgestellten Tatsachenbehauptungen und die Aufforderung, eine Gegendarstellung zu veröffentlichen.

Die Beklagte gab dem Kläger keine Antwort sondern veröffentlichte das Schreiben des Klägers nahezu unverändert unter der Rubrik „Leserbriefe“ in Zusammenstellung mit unterschiedlichen Meinungsäußerungen von Lesern zu dem Artikel.

Der Kläger erblickt in dieser Art der Veröffentlichung seiner Aufforderung eine Verletzung seiner Persönlichkeitsrechte. Der Abdruck des durch die Streichung und die Wahl der Überschrift in seinem Inhalt verfälschten anwaltlichen Aufforderungsschreibens unter „Leserbriefe“ stelle eine vorsätzliche Irreführung des Publikums dar. Es werde dadurch der unrichtige Eindruck erweckt, es handle sich um bloße Meinungsäußerung eines Lesers zu dem vorangegangenen Artikel

über Dr S., wie dies bei den unter der gleichen Rubrik abgedruckten Leserzuschriften der Fall sei. Dem Kläger habe aber eine politische Stellungnahme völlig ferngelegen und er sei nur im Rahmen seines anwaltlichen Auftrags tätig geworden. Ein Anwalt müsse sich darauf verlassen können, daß ein im Namen seines Mandanten gestelltes Berichtigungsverlangen nicht in irreführender Weise der Öffentlichkeit unterbreitet werde.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, in ihrer nächsten Ausgabe unter „Leserbriefe“ ihre Behauptung vom 6. Juli 1952 zu widerrufen, daß der Kläger einen Leserbrief in Sachen „Dr H. S. & Co“ an die Beklagte gesandt habe.

Aus den Entscheidungsgründen:

Nachdem nunmehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art 1 GrundG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkennt, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art 2 GrundG), muß das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleistetetes Grundrecht angesehen werden (vgl Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil 14. Aufl § 78 I 2; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht 14. Aufl §§ 233 2c; Coing SJZ 1947, 642). Es bedarf hier keiner näheren Erörterung, ob und inwieweit der Schutz dieses allgemeinen Persönlichkeitsrechtes, dessen Abgrenzung in besonderem Maße einer Güterabwägung bedarf, im Einzelfall durch berechnigte private oder öffentliche Belange eingeschränkt ist, die gegenüber dem Interesse an der Unantastbarkeit der Eigensphäre der Persönlichkeit überwiegen; denn im Streitfall sind schutzwürdige Belange der Beklagten, aus denen sie eine Berechnigung zu ihrem von dem Kläger beanstandeten Vorgehen herleiten könnte, nicht ersichtlich. Dagegen sind durch die von der Beklagten gewählte Art der Veröffentlichung des Berechnigungsschreibens unter Weglassung wesentlicher Teile dieses Schreibens persönlichkeitsrechtliche Interessen des Klägers verletzt worden.

Jede sprachliche Festlegung eines bestimmten Gedankeninhalts ist, und zwar auch dann, wenn der Festlegungsform eine Urheberschutzfähigkeit nicht zugebilligt werden kann, Ausfluß der Persönlichkeit des Verfassers. Daraus folgt, daß grundsätzlich dem Verfasser allein die Befugnis zusteht, darüber zu entscheiden, ob und in welcher Form seine Aufzeichnungen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden; denn jeder unter Namensnennung erfolgenden Veröffentlichung von Aufzeichnungen eines noch lebenden Menschen wird von der Allgemeinheit mit Recht eine entsprechende Willensrichtung des Verfassers entnommen. Die Fassung der Aufzeichnungen und die Art ihrer Bekanntgabe unterliegt der Kritik und Wertung der öffentlichen Meinung, die aus diesen Umständen Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Verfassers zieht. Während eine ungenehmigte Veröffentlichung privater Aufzeichnungen - in der Regel einen unzulässigen Eingriff in die jedem Menschen geschützte Geheimsphäre darstellt, verletzt eine veränderte Wiedergabe der Aufzeichnungen die persönlichkeitsrechtliche

Eigensphäre des Verfassers deshalb, weil solche vom Verfasser nicht gebilligten Änderungen ein falsches Persönlichkeitsbild vermitteln können. Unzulässig sind im allgemeinen nicht nur vom Verfasser nicht genehmigte Streichungen wesentlicher Teile seiner Aufzeichnungen, sondern auch Zusätze, durch die seine nur für bestimmte Zwecke zur Veröffentlichung freigegebenen Aufzeichnungen eine andere Färbung oder Tendenz erhalten, als er sie durch die von ihm gewählte Fassung und die Art der von ihm erlaubten Veröffentlichung zum Ausdruck gebracht hat. [...]

Im vorliegenden Fall hatte der Kläger eindeutig nur eine Berichtigungsaufforderung, und zwar in seiner Eigenschaft als Anwalt des Dr S., an die Beklagte gerichtet. Damit wurde die Beklagte von dem Kläger nur ermächtigt, entweder das Schreiben in unverkürzter Gestalt oder unter Beschränkung auf die von ihm verlangte Tatsachenberichtigung unter Klarstellung, daß es sich um ein Berichtigungsverlangen handele, zu veröffentlichen. [...]

Nicht aber war die Beklagte berechtigt, das Schreiben unter der Rubrik „Leserbriefe“ bekanntzugeben, und zwar unter Streichung derjenigen Sätze, aus denen klar ersichtlich war, daß der Kläger nicht etwa seiner persönlichen Meinung zugunsten des Dr S. Ausdruck verleihen, sondern ein presserechtliches Berechtigungsverlangen durchsetzen wollte.

Es ist dem Landgericht beizupflichten, daß diese Art der Veröffentlichung noch dazu unter Einreihung des Berichtigungsschreibens unter fünf weitere Zuschriften zu dem von der Beklagten veröffentlichten Artikel über Dr S. - bei dem unbefangenen Leser den Eindruck hervorrufen mußte, das in Form eines Leserbriefes veröffentlichte Schreiben des Klägers gebe dessen persönliche Stellungnahme zu dem um Dr S. entbrannten Meinungsstreit wieder.

In der Tat handelt es sich bei dem APR um ein Rahmenrecht, das mit den klassischen in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechten die Ausschlussfunktion und die Unrechtsindikationsfunktion nicht gemeinsam hat. Es ist im Gegenteil erforderlich, dass bei der Rechtsanwendung Schutzzonen konturiert und Verhaltenspflichten normiert werden müssen, die schwierige Interessenabwägungen erforderlich machen.

Das APR hat im Zuge der Rechtsentwicklung dadurch an Konturen gewonnen, dass man verschiedene Schutzzonen differenziert. Es lassen sich vier große Bereiche unterscheiden: das Recht auf Privatheit und Anonymität, das Recht auf Korrektheit der Darstellung einer Person in der Öffentlichkeit, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das Recht der persönlichen Ehre. An der Entwicklung dieser Rechte und Schutzzonen war neben dem BGH auch das BVerfG maßgeblich beteiligt.

*i. Das Recht auf Privatheit und Anonymität*

Im Rahmen des Rechts auf Privatheit und Anonymität ist zunächst ein absoluter Schutz der Intimsphäre gewährleistet. Das Bayerische Oberste Landesgericht definiert die Intimsphäre als den personellen Zustand, in welchem der Mensch frei von allen sozialen Anforderungen sei (NJW 1979, 2624, 2625). Welchen Neigungen ein Mensch in diesem Zustand frönt, geht niemanden etwas an.

Jenseits der Intimsphäre beginnt ein schwieriges Kapitel der Abwägung zwischen der Medienfreiheit und dem Informationsrecht einerseits und dem Recht auf Privatheit andererseits. Grundsätzlich gilt auch hier, dass man Belästigungen in der Privatsphäre abwehren darf, dass man ein Recht am eigenen, nicht veröffentlichten Wort und am privaten Bild hat und nicht dulden muss, dass man unter Namensnennung zum Gegenstand der öffentlichen Berichterstattung gemacht wird. Uneingeschränkt gilt das indessen nur, wenn nicht Angelegenheiten von öffentlichem Interesse berührt sind. Sobald eine Person aus der Sphäre der Privatheit austritt, öffentliches Aufsehen erregt und zu einer Person der Zeitgeschichte wird oder gar selbst in den öffentlichen Meinungskampf eingreift, muss das Recht auf Privatheit und Anonymität abgewogen werden gegen das ein demokratisches Gemeinwesen konstituierende Informations- und Diskussionsrecht. Allein die Privatangelegenheiten ohne jeden Berührungspunkt zu einer öffentlichen Angelegenheit sind Angelegenheiten, die der öffentlichen Berichterstattung entzogen sind.

Für das Bestimmungsrecht über das eigene, nicht veröffentlichte Wort ist das in der folgenden Entscheidung des BGH ausgeführt:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 20. 05.1958, Az: VI ZR 104/57

Leitsatz

1. Wer ein Gespräch ohne Zustimmung des Gesprächspartners durch Anwendung eines Tonbandes (Tonträgers) festlegt, verletzt in der Regel das durch GG Art 1,2 gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht, das die Person in ihrer persönlichkeitsrechtlichen Eigensphäre schützt.
2. Nur in besonderen Ausnahmefällen (Notwehr, Verfolgung überwiegender berechtigter Interessen) kann die Widerrechtlichkeit eines solchen Eingriffs entfallen.
3. Angesichts der Bedeutung, die dem Schutz der Eigensphäre der Persönlichkeit zukommt, reicht das private Interesse an einer Beweismittelbeschaffung allein in der Regel nicht aus, eine heimliche Tonaufnahme eines Gesprächs zu rechtfertigen.



Fundstelle

BGHZ 27, 284-291 (LT1-3)

NJW 1958, 1344-1345 (LT1-3)

Für das Recht am privaten Bild sowie das Recht, in der Presse nicht namentlich erwähnt zu werden, mag auf die Heimkehrer-Entscheidung des BGH verwiesen werden:

Gericht: BGH 1. Zivilsenat, Datum: 10. 05.1957, Az: I ZR 234/55

Leitsatz

Auch Personen der Zeitgeschichte im Sinne von KunstUrhG § 23 Abs 1 brauchen es grundsätzlich nicht zu dulden, daß von ihnen innerhalb ihrer privaten Umgebung ohne ihr Wissen und gegen ihren Willen Bildaufnahmen zum Zweck der Veröffentlichung angefertigt werden. Es folgt dies aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, das jede Person gegen alle Verletzungen ihrer Eigensphäre schützt, die nicht durch Interessen höheren Ranges geboten sind. Das Interesse der Allgemeinheit an einer bildhaften Darstellung von Personen der Zeitgeschichte allein reicht nicht aus, derart heimliche, zur Veröffentlichung bestimmte Bildaufnahmen innerhalb des privaten Bereichs des Abgebildeten zu rechtfertigen.

Fundstelle

BGHZ 24, 200-214 (LT1-2)

Eine der bedeutendsten Entscheidungen zum Recht auf Privatheit und Anonymität hat das BVerfG in seinem Lebach-Beschluß gefällt, dessen Leitsätze im folgenden wiedergegeben werden:

Gericht: BVerfG 1. Senat, Datum: 05.06.1973, Az: 1 BvR 536/72

Leitsatz

1. Eine Rundfunk- oder Fernsehanstalt kann sich grundsätzlich für jede Sendung zunächst auf den Schutz des GG Art 5 Abs 1 berufen. Die Rundfunkfreiheit deckt sowohl die Auswahl des dargebotenen Stoffes als auch die Entscheidung über die Art und Weise der Darstellung einschließlich der gewählten Form der Sendung.

Erst wenn die Rundfunkfreiheit mit anderen Rechtsgütern in Konflikt gerät, kann es auf das mit der konkreten Sendung verfolgte Interesse, die Art und Weise der Gestaltung und die erzielte oder voraussehbare Wirkung ankommen.

2. Die Vorschriften des KunstUrhG §§ 22, 23 bieten ausreichenden Raum für eine Interessenabwägung, die der Ausstrahlungswirkung der Rundfunkfreiheit gemäß

GG Art 5 Abs 1 S 2 einerseits, des Persönlichkeitsschutzes gemäß GG Art 2 Abs 1 in Verbindung mit GG Art 1 Abs 1 andererseits Rechnung trägt.

Hierbei kann keiner der beiden Verfassungswerte einen grundsätzlichen Vorrang beanspruchen. Im Einzelfall ist die Intensität des Eingriffes in den Persönlichkeitsbereich gegen das Informationsinteresse der Öffentlichkeit abzuwägen.

3. Für die aktuelle Berichterstattung über schwere Straftaten verdient das Informationsinteresse der Öffentlichkeit im allgemeinen den Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz des Straftäters. Jedoch ist neben der Rücksicht auf den unantastbaren innersten Lebensbereich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten; danach ist eine Namensnennung, Abbildung oder sonstige Identifikation des Täters nicht immer zulässig.

Der verfassungsrechtliche Schutz der Persönlichkeit läßt es jedoch nicht zu, daß das Fernsehen sich über die aktuelle Berichterstattung hinaus etwa in Form eines Dokumentarspiels zeitlich unbeschränkt mit der Person eines Straftäters und seiner Privatsphäre befaßt.

Eine spätere Berichterstattung ist jedenfalls unzulässig, wenn sie geeignet ist, gegenüber der aktuellen Information eine erheblich neue oder zusätzliche Beeinträchtigung des Täters zu bewirken, insbesondere seine Wiedereingliederung in die Gesellschaft (Resozialisierung) zu gefährden. Eine Gefährdung der Resozialisierung ist regelmäßig anzunehmen, wenn eine den Täter identifizierende Sendung über eine schwere Straftat nach seiner Entlassung oder in zeitlicher Nähe zu der bevorstehenden Entlassung ausgestrahlt wird.

Fundstelle

NJW 1973, 1227-1234 (LT1-3)

BVerfGE 35, 202-245 (LT1-3)

#### *ii. Personen der Öffentlichkeit*

Schon die vorstehend angeführten Entscheidungen konnten eine Idee davon vermitteln, dass auch solche Personen, die aus dem Kreis der Privatheit herausgetreten sind, für ihren privaten Lebensbereich den Schutz des APR in Anspruch nehmen können. Allerdings ist dieser Schutz unterschiedlich ausgestaltet.

Der Schutz der Person nimmt umso stärker ab, je mehr sie sich selbst am öffentlichen Meinungskampf beteiligt. Geht es gar um eine politische Partei, verstärkt Art. 21 Abs. 1 GG die Vermutung für die Zulässigkeit freier Rede mit der Folge, dass gegen das Äußern einer Meinung nur in äußersten Fällen eingeschritten

werden darf (BVerfG, Entscheidung vom 22.6.1982, BVerfGE 61, 1 = NJW 1983, 1415). Auch eine einzelne am öffentlichen Meinungskampf teilnehmende Person muß einiges einstecken können, wie die folgende Entscheidung des BVerfG aus dem Bereich der Kunstkritik zeigt:

Gericht: BVerfG 1. Senat, Datum: 13.05.1980, Az: 1 BvR 103/77

Orientierungssatz

Die Äußerungen von Werturteilen im öffentlichen Meinungskampf fällt auch dann unter den Schutz des Grundrechts der Meinungsfreiheit, wenn sie außerhalb des öffentlichen Meinungskampfes zur Verurteilung wegen Beleidigung und zur Zahlung von Schmerzensgeld führen würde.

Fundstelle

BVerfGE 54, 129-139 (LT1)

Der Schutz der Pressefreiheit tritt hinter dem Schutz des Persönlichkeitsrechts zurück, wenn das öffentlich geäußerte Wort einer Person unrichtig zitiert wird (Böll):

Gericht: BVerfG 1. Senat, Datum: 03.06.1980, Az: 1 BvR 797/78

Leitsatz

2. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit (GG Art 5 Abs 1) schützt nicht das unrichtige Zitat.

Von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden ist es allerdings, wenn einer Person, der eine Äußerung in der Öffentlichkeit unterstellt wird, die Beweislast dafür auferlegt wird, dass sie diese Äußerung nicht getan habe (Eppler):

Gericht: BVerfG 1. Senat, Datum: 03.06.1980, Az: 1 BvR 185/77

Leitsatz

1. Das durch GG Art 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 verfassungsrechtlich gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt auch dagegen, daß jemandem Äußerungen in den Mund gelegt werden, die er nicht getan hat und die seinen von ihm selbst definierten sozialen Geltungsanspruch beeinträchtigen.

2. Unter der Voraussetzung einer Mitwirkungspflicht des Beklagten ist es in Fällen dieser Art verfassungsrechtlich nicht geboten, von der allgemeinen Regel des Zivilprozeßrechts abzugehen, daß dem Kläger der Beweis der seinen Anspruch begründenden Umstände obliegt.

Fundstelle

BVerfGE 54, 148-158 (LT1-2)

*e. Rechtsfolgen der Verletzung des APR*

Schon die Lektüre der im Vorangegangenen angegebenen Entscheidungen vermittelt einen Eindruck von den Rechtsfolgen, die mit der Verletzung des APR verknüpft sein können. Es geht um Schadensersatz, Beseitigung und Unterlassung. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch sind dem § 1004 BGB als quasi-negatorische Ansprüche nachgebildet. Die Beseitigung richtet sich auf eine noch wirkende Störungsquelle, ist also gegenwartsbezogen, die Unterlassung soll weitere Beeinträchtigungen unterbinden, ist also zukunftsbezogen. Was die Verpflichtung zum Schadensersatz bedeutet, regelt das BGB in den §§ 249 bis 253 BGB. Es geht um die Restitution von Güterlagen und die Kompensation von Vermögensverlusten.

*i. Schadensersatz und Schmerzensgeld*

Schaden ist jede nachteilige Veränderung der Güterlage des Betroffenen (Vergleich der realen, jetzt bestehenden Güterlage mit der hypothetischen Güterlage, die bestünde, wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre, § 249 BGB) durch

- Güterabfluss oder Verhinderung von Güterzufluss oder
- Lastenmehrung oder
- Verhinderung von Lastenminderung.

Geschuldet wird Ausgleich durch RESTITUTION (Herstellung der Güterlage)

- in Natur (§ 249 Abs. 1 BGB) bzw.
- durch Zahlung der Herstellungskosten (§§ 249 Abs. 2, 250 BGB).

Die Restitution wird abgelöst und/oder ergänzt bei

- Unmöglichkeit (§ 251 Abs. 1 BGB)
- Ungenügen (§ 251 Abs. 1 BGB)
- Unzumutbarkeit (§ 251 Abs. 2 BGB).

Dann wird Ausgleich durch KOMPENSATION des Vermögensschadens (§ 253 BGB) in Geld geschuldet für den

- Vermögensabfluss (§ 251 BGB) und den

- verhinderten Vermögenszufluss, entgangenen Gewinn (§ 252 BGB).

Bei diesem System wird im Restitutionsbereich nicht zwischen materiellen und immateriellen Gütern unterschieden. Im Kompensationsbereich kommt es dagegen sehr wohl darauf an, ob ein Gut Vermögenswert hat oder nicht. Vermögenswert hat ein Gut, wenn es für das Gut einen allgemeinen Wertmaßstab wie etwa den Marktpreis gibt! Da Verletzungen des APR Verletzungen eines nicht auf dem Markt gehandelten Gutes sind, geht es um Schadensersatz für den Eingriff in ein immaterielles Gut. Da dieses Gut in § 847 BGB (jetzt § 252 Abs. 2 BGB) nicht aufgeführt ist, sollte die Ersatzform der Kompensation ausgeschlossen sein (§ 253 Abs. 1 BGB) und nur die Ersatzform der Restitution zur Anwendung kommen. Die Entwicklung ist anders verlaufen.

Der BGH gewährt dem in seinem Persönlichkeitsrecht Verletzten entgegen der Anordnung des Gesetzgebers in § 253 BGB eine billige Entschädigung in Geld auch für den immateriellen Schaden (Schmerzensgeld). In der Paul Dahlke-Entscheidung hatte er diese Möglichkeit noch (beiläufig) verneint:

Gericht: BGH 1. Zivilsenat, Datum: 08. 05.1956, Az: I ZR 62/54

Fundstelle

BGHZ 20, 345-355 (LT1-4)

Aus den Entscheidungsgründen:

Es ist anerkannten Rechts, daß auch die Verletzung von Persönlichkeitsrechten vermögensrechtliche Ersatzansprüche auslösen kann. Ein Schaden freilich, der nicht Vermögensschaden ist, kann nach geltendem Recht nicht zu einem Geldersatzanspruch führen, weil hier keiner der Fälle vorliegt, in denen das Gesetz den Anspruch eigens darauf erstreckt (§ 253 BGB; RG GRUR 1934, 625).

Der Durchbruch kam mit der Herrenreiter-Entscheidung, die als einmaligen Ausrutscher die „Freiheitsberaubung im Geistigen“ annahm, um sich an ein in § 847 BGB erwähntes immaterielles Gut anzulehnen:

Gericht: BGH 1. Zivilsenat, Datum: 14. 02.1958, Az: I ZR 151/56

Leitsatz

Nachdem durch GG Art 1, GG Art 2 das Recht zur freien Selbstbestimmung der Persönlichkeit als ein Grundwert der Rechtsordnung anerkannt ist, ist es gerechtfertigt, in analoger Anwendung des BGB § 847 auch dem durch die unbefugte Veröffentlichung seines Bildes Verletzten wegen eines hierdurch

hervorgerufenen, nicht vermögensrechtlichen Schadens eine billige Entschädigung in Geld zu gewähren.

Fundstelle

BGHZ 26, 349 (LT1)

Zum Sachverhalt (vereinfacht)

Der Kläger betätigt sich als Herrenreiter auf Turnieren. Die Beklagte ist Herstellerin eines pharmazeutischen Präparats, das nach der Vorstellung weiter Bevölkerungskreise auch der Hebung der sexuellen Potenz dient. Sie hat zur Werbung für dieses Mittel ein Plakat mit der Abbildung eines Turnierreiters verbreitet. Dem Plakat lag ein Originalphoto des Klägers zugrunde, das auf einem Reitturnier aufgenommen worden war. Eine Einwilligung zur Verwendung seines Bildes hatte der Kläger nicht erteilt.

Der Kläger verlangt von der Beklagten Ersatz für den Schaden, der ihm durch die Verbreitung des Werbeplakats entstanden ist.

Aus den Entscheidungsgründen:

Versagt hiernach die Art der Schadensberechnung, die das Berufungsgericht seinen Feststellungen über die Schadenshöhe zugrunde gelegt hat und erweist sich, daß dem Kläger in Wahrheit kein vermögensrechtlicher Schaden entstanden ist, so geht die entscheidende Frage dahin, ob der Kläger Ersatz des immateriellen Schadens verlangen kann, der sich für ihn aus der mit der Abbildung seiner Person auf den Werbeplakaten verbundenen Beeinträchtigung seiner Persönlichkeit ergeben hat. Für den vorliegenden Sachverhalt bejaht der Senat diese Frage.

Bereits in der Entscheidung BGHZ 13, 334, 338 hat der Senat ausgesprochen, daß die durch das Grundgesetz Art 1, 2 geschützte Unantastbarkeit der Menschenwürde und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auch als bürgerlichrechtliches, von jedem im Privatverkehrsverkehr zu achtendes Recht anzuerkennen ist, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Diesem sog allgemeinen Persönlichkeitsrecht kommt mithin auch innerhalb der Zivilrechtsordnung Rechtsgeltung zu und es genießt als „sonstiges Recht“ den Schutz des § 823 Abs 1 BGB (vgl auch BGHZ 24, 12ff).

Die Art 1 und 2 des Grundgesetzes schützen, und zwar mit bindender Wirkung auch für die Rechtsprechung, das, was man die menschliche Personhaftigkeit nennt; ja sie erkennen in ihr einen der übergesetzlichen Grundwerte der Rechtsordnung an. Sie schützen damit unmittelbar jenen inneren Persönlichkeitsbereich, der grundsätzlich nur der freien und eigenverantwortlichen Selbstbestimmung des Einzelnen untersteht und dessen Verletzung rechtlich dadurch gekennzeichnet ist, daß sie in erster Linie sogenannte immaterielle Schäden, Schäden, die sich in einer Persönlichkeitsminderung ausdrücken,

erzeugt. Diesen Bereich zu achten und nicht unbefugt in ihn einzudringen, ist ein rechtliches Gebot, das sich aus dem Grundgesetz selbst ergibt. Ebenso folgt aus dem Grundgesetz die Notwendigkeit, bei Verletzung dieses Bereiches Schutz gegen die der Verletzung wesenseigentümlichen Schäden zu gewähren.

Auf dem begrenzten Gebiet des Bildnisschutzes ist dies von dem Gesetzgeber übrigens bereits lange vor Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes und zu einer Zeit, als man das bürgerlichrechtlich zu schützende allgemeine Persönlichkeitsrecht noch nicht anerkannte, durch die Sonderregelung der §§ 22ff des Kunstschutzgesetzes aus dem Jahre 1907 ausdrücklich festgelegt worden. Denn wenn nach § 22 KunstUrhG Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden dürfen, so beruht dieser Schutz im Kern auf dem Grundsatz der Freiheit der Person in ihrem höchstpersönlichen Lebensbereich, zu dem vor allem auch das äußere Erscheinungsbild des Menschen zu rechnen ist. Die unbefugte Veröffentlichung des Bildes eines Menschen stellt, wie in der Rechtslehre seit langem anerkannt ist, einen Eingriff in die Freiheit der Selbstbestimmung und der freien Betätigung der Persönlichkeit dar (Osterrieth, Das Kunstschutzgesetz, § 22 KunstUrhG). Das Unzulässige der eigenmächtigen Bildnisveröffentlichung durch einen Dritten liegt darin, daß damit dem Abgebildeten die Freiheit entzogen wird, auf Grund eigener Entschließung über dieses Gut seiner Individualität zu verfügen.

Würdigt man unter diesem Blickpunkt die die Persönlichkeit beeinträchtigende Verletzung des Rechts am eigenen Bild, so läßt sich in diesem Bereich für die Frage, wie die Zubilligung des Ersatzes auch immaterieller Schäden im einzelnen begründet werden könne, schon an die Regelung anknüpfen, die § 847 BGB für den Fall der „Freiheitsentziehung“ trifft und kraft deren er dem Verletzten auch wegen eines nicht vermögensrechtlichen Schadens eine billige Entschädigung in Geld gewährt. Zwar versteht das Bürgerliche Gesetzbuch hier unter Freiheitsentziehung die Entziehung der körperlichen Bewegungsfreiheit sowie die Nötigung zu einer Handlung durch Gewalt oder Bedrohung (BGB-RGRK § 823 Anm 7), während es sich bei dem Tatbestand des § 22 KunstUrhG um eine Freiheitsberaubung im Bereich eigenverantwortlicher Willensentschließung handelt. Bereits vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes ist jedoch schon mehrfach die Ansicht vertreten worden, daß als Freiheitsverletzung im Sinne des § 847 BGB jeder Eingriff in die ungestörte Willensbetätigung anzusehen sei (vgl ua Staudinger, Anm II A 2c zu § 823 BGB). Nachdem nunmehr das Grundgesetz einen umfassenden Schutz der Persönlichkeit garantiert und die Würde des Menschen sowie das Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit als einen Grundwert der Rechtsordnung anerkannt und damit die Auffassung des ursprünglichen Gesetzgebers des Bürgerlichen Gesetzbuches, es gäbe kein bürgerlichrechtlich zu schützendes allgemeines Persönlichkeitsrecht, berichtigt hat und da ein Schutz der „inneren Freiheit“ ohne das Recht auf Ersatz auch immaterieller Schäden weitgehend unwirksam wäre, würde es eine nicht erträgliche Mißachtung dieses Rechts darstellen, wollte man demjenigen, der in

der Freiheit der Selbstentschließung über seinen persönlichen Lebensbereich verletzt ist, einen Anspruch auf Ersatz des hierdurch hervorgerufenen immateriellen Schadens versagen. Begründet die schuldhafte Entziehung der körperlichen Freiheit einen Anspruch auf Ersatz des ideellen Schadens, so ist kein sachlicher Grund ersichtlich, der es hindern könnte, die in § 847 BGB getroffene Regelung im Wege der Analogie auch auf solche Eingriffe zu erstrecken, die das Recht der freien Willensbetätigung verletzen, zumal auch bei dieser Freiheitsberaubung „im Geistigen“ in gleicher Weise wie bei der körperlichen Freiheitsberaubung in der Regel eine Naturalherstellung ausgeschlossen ist. Bei Beeinträchtigungen der vorliegenden Art, durch die in den natürlichen Herrschafts- und Freiheitsraum des Einzelnen unter schuldhafter Verletzung seines Persönlichkeitsrechtes eingegriffen wird, kann der nach dem Grundgesetz gebotene wirksame Rechtsschutz, solange es an einer gesetzlichen Sonderregelung fehlt, tatsächlich nur durch ihre Einbeziehung in die in § 847 BGB angeführten Verletzungstatbestände erzielt werden, weil ihre Schadensfolgen auf Grund der Natur des angegriffenen Rechtsgutes zwangsläufig in erster Linie auf immateriellem Gebiet liegen.

Die Bestimmung des § 35 KunstUrhG steht dieser Annahme nicht entgegen (wird ausgeführt). [...]

Soweit der Senat im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgericht in der Dahlke-Entscheidung (BGHZ 20, 345, 352ff) ausgeführt hat, daß ein immaterieller Schaden nicht zu einem Geldersatzanspruch führen könne, wenn kein Fall vorliege, in dem das Gesetz den Anspruch eigens darauf erstrecke, wird dies nach Maßgabe der vorstehenden Erörterungen nicht aufrechterhalten. Dieser Ausspruch hatte im übrigen für die damalige Entscheidung keine tragende Bedeutung, da bei dem dort zu entscheidenden Tatbestand ein Vermögensschaden in Frage stand, der auf der Grundlage der üblichen Lizenzgebühr berechnet werden konnte.

III. Die Höhe der an den Kläger als Schadensersatz zu zahlenden Vergütung hat das Berufungsgericht auf 10.000 DM geschätzt. Wenngleich es bei dieser Schätzung von der Möglichkeit einer Schadensberechnung nach der angemessenen Vergütung ausgegangen ist, die im Falle eines Vertragsabschlusses zu den üblichen Bedingungen zu zahlen gewesen wäre, treffen die vom Berufungsgericht insoweit angestellten Erwägungen in vollem Umfange auch auf die bei der Bemessung der Höhe einer billigen Geldentschädigung (§ 847 BGB) zu berücksichtigenden Umstände zu. Sie zeigen darüber hinaus, daß auch das Berufungsgericht in Wahrheit dem Kläger eine Entschädigung für den ihm entstandenen immateriellen Schaden zugesprochen hat.

Wie der Große Zivilsenat in seinem Beschluß vom 6. Juli 1955 (BGHZ 18, 149) ausgeführt hat, kommt dem Anspruch auf „Schmerzensgeld“ die Funktion zu, dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich für diejenigen Schäden, diejenige Lebens- (oder Persönlichkeits-) Minderung zu bieten, die nicht vermögensrechtlicher Art sind. Zugleich trägt er aber auch dem Gedanken



Rechnung, daß der Schädiger dem Geschädigten Genugtuung für das schuldet, was er ihm angetan hat. In dem Beschluß wird betont, daß gerade der Genugtuungsfunktion, die aus der Regelung der Entschädigung für immateriellen Schaden gar nicht wegzudenken sei, ihre besondere Bedeutung zukomme, im übrigen aber bei der Festsetzung der Entschädigung grundsätzlich alle in Betracht kommenden Umstände des Falles berücksichtigt werden dürften. Dieser Ansicht schließt sich der erkennende Senat auch für den vorliegenden Fall an. Geht man hiervon aus, so ergibt sich, daß das Berufungsgericht alle insoweit maßgebenden Umstände für die Bemessung der Schadenshöhe rechtsfehlerfrei berücksichtigt hat. Das Berufungsgericht hat insbesondere ausgeführt, schon die Tatsache, daß der Kläger überhaupt nicht bereit gewesen sei, an irgend einer Reklame mitzuwirken, müsse sich auf die Höhe der zu zahlenden Entschädigung maßgeblich auswirken. Als besonders schwerwiegend hat es angesehen, daß es sich um eine Werbung für ein als Sexualkräftigungsmittel geltendes Präparat gehandelt habe, bei dem ein Vergleich mit der Werbung für andere Erzeugnisse gar nicht möglich sei. Mit Recht hat das Berufungsgericht hervorgehoben, es sei unwahrscheinlich, daß Personen, die Gefahr liefern, für dieses Mittel auf einem Werbeplakat von einem größeren oder kleineren Personenkreis erkannt zu werden, ihr Bild für diese Reklame zur Verfügung stellen würden, da sie sich dann den Anspielungen aussetzen, zu denen das Präparat der Beklagten Anlaß gebe. Das Berufungsgericht hat darüberhinaus auch die gesellschaftliche Stellung des Klägers in Betracht gezogen und seine guten wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigt. Auch hat es darauf verwiesen, daß sich der Kläger in einer Gesellschaftsschicht bewege, deren Mitglieder überwiegend miteinander bekannt seien und daher die Gefahr, sich lächerlich zu machen, besonders groß sei. Wenn das Berufungsgericht unter Berücksichtigung und Würdigung aller dieser für die Höhe eines Schmerzensgeldes maßgeblichen besonderen Umstände den von ihm geschätzten Schadensbetrag von 10.000 DM als angemessene Entschädigung (§ 287 ZPO) angesehen hat, so ist hierin ein Verstoß gegen Rechtsregeln nicht zu erkennen.

Die Schmerzensgeldrechtsprechung wird in der Catharina Valente-Entscheidung fortgeführt und erhält ihr bis heute gültiges Gepräge mit dem Ginseng-Fall:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 19. 09.1961, Az: VI ZR 259/60

Leitsatz

Der durch eine rechtswidrige und schuldhafte Verletzung seines Persönlichkeitsrechts Betroffene kann Ersatz des immateriellen Schadens beanspruchen, wenn die Umstände, insbesondere die Schwere der Verletzung oder des Verschuldens, eine solche Genugtuung erfordern.

Fundstelle

BGHZ 35, 363-370 (LT1)

Zum Sachverhalt (vereinfacht):

Der Kläger ist Professor für Völker- und Kirchenrecht. Von einem Aufenthalt in Korea hat er einige Ginseng-Wurzeln mitgebracht, die er dem ihm befreundeten Professor H. in J., einem Pharmakologen, für Forschungszwecke zur Verfügung stellte. Dieser erwähnte in einem wissenschaftlichen Aufsatz über Ginseng-Wurzeln die Tatsache, daß er „durch die liebenswürdige Unterstützung“ des Klägers in den Besitz echter koreanischer Ginseng-Wurzeln gekommen sei. Dies führte dazu, daß der Kläger in einem populärwissenschaftlichen Aufsatz „Wunderwurzel neu entdeckt“, der im Jahre 1957 in der Zeitschrift „H. und W.“ erschien, neben Professor H. und anderen Wissenschaftlern als einer der bekanntesten Ginseng-Forscher Europas bezeichnet wurde.

Die Beklagte vertreibt ein Kräftigungsmittel, das Ginseng enthält. In ihrem Werbeprospekt für dieses Mittel wird der Kläger in folgendem Zusammenhang erwähnt:

„Aber auch die westliche Wissenschaft erkennt den hohen Wert dieser kostbaren Droge an. Nach Ansicht bedeutender Wissenschaftler wie Professor H. (J.), Professor B. (... Name des Klägers) wirkt Ginseng als reines Naturprodukt auf den gesunden Organismus erneuernd (ohne jedoch aufzuputschen), kreislauffördernd, aufbauend bei Drüsen- und Potenzschwäche und körperlich-seelischer Zerschlagenheit, also insbesondere bei Zuständen, die mit dem Zentralnervensystem zusammenhängen“.

Fast wörtlich gleichlautend finden sich diese Angaben ferner im Februar-Heft 1958 der Zeitschrift „M.“ in einer redaktionellen Notiz, die in unmittelbarem räumlichem Zusammenhang mit einer Werbeanzeige der Beklagten abgedruckt ist.

In der Zeitschrift „M.“ heißt es:

„Als Heilpflanze ist Ginseng in ganz Asien bekannt. Besonders schätzt man sie als Kräftigungsmittel. Sie ist Hauptbestandteil der asiatischen Liebestränke und soll von den Frauen allabendlich genommen werden ...“.

Der Kläger hat in der Anspielung auf seine Person einen unbefugten Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht erblickt. Die Werbung erwecke, so führt er aus, den Eindruck, als habe er sich auf einem fremden Fachgebiet ein Urteil in einer umstrittenen Frage angemaßt oder als habe er entgeltlich und standeswidrig seinen Namen der Werbung für ein zweifelhaftes Produkt zur Verfügung gestellt. Gerade im Zusammenhang mit der von der Werbung in Anspruch genommenen Wirkung des Präparats als sexuelles Kräftigungsmittel führe die Berufung auf seine wissenschaftliche Autorität dazu, daß er in seinem Ruf als Gelehrter Einbuße erleide und in der Öffentlichkeit, vor allem bei den Studenten, lächerlich gemacht werde. Der Kläger hat unter Berufung auf die in dem Urteil BGHZ 26, 349 (Herrenreiter) aufgestellten Rechtsgrundsätze einen Betrag von 10.000 DM als Genugtuung für die erlittene Kränkung gefordert.

Das Landgericht hat dem Kläger ein Schmerzensgeld von 8.000 DM zugebilligt. Die Berufung und die Revision der Beklagten blieben ohne Erfolg.

Aus den Entscheidungsgründen:

2. Der Senat stimmt dem Berufungsgericht auch darin zu, daß der Kläger einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens hat. Der Fall liegt in seinen grundsätzlichen Zügen sehr ähnlich wie die vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fälle BGHZ 26, 349 (Herrenreiter) und 30, 7. In beiden Fällen wurde durch die Art der Werbung für ein Produkt in die geschützte Persönlichkeitssphäre von Personen eingegriffen, die mit einer Schadensersatzklage einen Ausgleich für die rechtswidrige Beeinträchtigung verlangten. Dabei ergab sich, daß die Voraussetzungen für Ersatz materieller Einbußen nicht vorlagen oder doch nicht dargetan waren. Kommt nach den Umständen eine Gestattung der Benutzung eines Namens oder eines Bildes für Werbezwecke nicht in Betracht, so ist es im besonderen nicht möglich, nach den Grundsätzen des sogenannten Eingriffserwerbs einen materiellen Schadensersatz entsprechend einer angemessenen Lizenzgebühr zu bemessen. Der I. Zivilsenat hat dem Kläger in dem von ihm entschiedenen Fall BGHZ 26, 349 ein Schmerzensgeld zugebilligt und eben in dem sogenannten „immateriellen Schadensersatz“ mit seiner Genugtuungsfunktion den adäquaten Ausgleich erblickt, den die Rechtsordnung dem in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigten Kläger zu gewähren hat. Aus der Entscheidung des IV. Zivilsenats BGHZ 30, 7 muß entnommen werden, daß der IV. Zivilsenat dem Standpunkt des I. Zivilsenats wenigstens nicht entgegengetreten will.

Der erkennende Senat stimmt dem I. Zivilsenat darin zu, daß bei schuldhafter Verletzung des Persönlichkeitsrechts dem Betroffenen eine Genugtuung zugebilligt werden kann. Zwar besagt § 253 BGB, daß Geldentschädigung für ideellen Schaden nur in den durch das Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen gefordert werden kann. Als das Bürgerliche Gesetzbuch dieses Enumerationsprinzip aufstellte, hatte der hohe Wert des Rechtsschutzes der menschlichen Persönlichkeit und ihrer Eigensphäre noch nicht die Anerkennung der Rechtsordnung erfahren, die ihm nach Art 1 und Art 2 Abs 1 des Grundgesetzes zukommt. Vom Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches stand der Schutz der Sachgüter durchaus im Vordergrund, während der Personenwert des Menschen nur auf Teilgebieten und unzureichend geschützt war. Indem die Rechtsprechung ein allgemeines Persönlichkeitsrecht des Menschen anerkannte und ihm den Schutz des § 823 Abs 1 BGB zubilligte, zog sie für das Zivilrecht die Folgerungen, die sich aus dem Rang ergeben, die das Grundgesetz der Würde der menschlichen Persönlichkeit und dem Schutz ihrer freien Entfaltung beimißt. Die unter dem Einfluß der Wertentscheidung des Grundgesetzes erfolgte Ausbildung des zivilrechtlichen Persönlichkeitschutzes wäre aber lückenhaft und unzureichend, wenn eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts keine der ideellen Beeinträchtigung adäquate Sanktion auslösen würde. Ebenso wie sich die Beschränkung des deliktsrechtlichen Schutzes auf bestimmte einzelne Rechtsgüter des Menschen als

zu eng erwies, und den vom Grundgesetz geforderten Persönlichkeitsschutz zu gewährleisten, wird eine Einengung des ideellen Schadensersatzes dahin, daß er nur bei Verletzung einzeln aufgeführter Rechtsgüter zugebilligt wird, dem Wertsystem des Grundgesetzes nicht mehr gerecht. Denn dieses erklärt es im Art 1 als vorrangliche Verpflichtung der staatlichen Gewalt, die unantastbare Würde des Menschen zu schützen. Im Art 2 Abs 1 stellt es das Recht des Menschen auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit an die Spitze der Grundrechte. Würde der Deliktschutz des Persönlichkeitsrechts im geistigen Bereich hinter den Schutz der in Art 2 Abs 2 GG genannten besonderen Persönlichkeitsgüter völlig zurücktreten, die Ausfluß des Persönlichkeitsrechts sind, so hätte das Zivilrecht die Wertentscheidung des Grundgesetzes unbeachtet gelassen. Die Ausschaltung des immateriellen Schadensersatzes im Persönlichkeitsschutz würde bedeuten, daß Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen ohne eine Sanktion der Zivilrechtsordnung blieben, in der zum Ausdruck kommt, daß wesentliche Werte gestört sind und daß der Verletzer dem Betroffenen für das ihm angetane Unrecht eine Genugtuung schuldet. Die Rechtsordnung würde dann auf das wirksamste und oft einzige Mittel verzichten, das geeignet ist, die Respektierung des Personenwertes des einzelnen zu sichern.

3. Damit ist nicht gesagt, daß die Rechtsfolgen bei Verletzung von Körper, Gesundheit und Freiheit einerseits und der ideellen Persönlichkeitssphäre andererseits genau die gleichen sein müssen, oder daß sie sich zum mindesten weitgehend zu entsprechen haben. Ein Anlaß zur Differenzierung liegt schon deshalb nahe, weil der Tatbestand der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts weit unbestimmter ist als der Tatbestand der Verletzung des Körpers, der Gesundheit und der Freiheit. Das bedeutet, daß häufiger Grenzfälle auftreten, bei denen zu prüfen ist, ob sie von der generalklauselartigen Umschreibung der Beeinträchtigung der Persönlichkeit umfaßt werden und ob, wenn das zutrifft, die Rechtswidrigkeit nicht wegen kollidierender Rechte des Eingreifenden ausgeschlossen ist, unter denen das Recht auf freie Meinungsäußerung besondere Beachtung verdient. Gerade wenn eine sogenannte Güter- und Interessenabwägung stattfinden muß, ist die Grenze des Erlaubten nicht immer leicht festzustellen. Müßte bei jeder, auch geringfügigen Überschreitung der Grenze auf Verlangen des Betroffenen immaterieller Schadensersatz wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts zugebilligt werden, dann bestände allerdings die Gefahr, daß unbedeutende Beeinträchtigungen in unangemessener Weise ausgenutzt werden, um daran zu verdienen. Alsdann wäre der Zweck verfehlt, der mit der Zubilligung einer Genugtuung erreicht werden soll. Es muß ferner beachtet werden, daß sich Verletzungen des Persönlichkeitsrechts im geistigen Bereich noch schwerer am allgemeinen Wertmesser des Geldes abschätzen lassen als die Folgen körperlicher Beeinträchtigungen. Bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts rückt die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes gegenüber der Entschädigungsfunktion durchaus in den Vordergrund (Larenz, NJW 1958, 828). Daher wird stets zu prüfen sein, ob es nach der Art der Verletzung des Persönlichkeitsrechts erforderlich ist, dem Betroffenen, dessen

Einbuße auf andere Art nicht auszugleichen ist, eine Genugtuung für die erlittene Unbill zuzusprechen. Das wird im allgemeinen nur dann der Fall sein, wenn den Schädiger der Vorwurf einer schweren Schuld trifft oder wenn es sich um eine objektiv erheblich ins Gewicht fallende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts handelt. Nur bei solch ernsten Störungen darf die Zivilrechtsordnung, die es mit dem Schutz der Persönlichkeit und ihres Eigenwerts ernst nimmt, nicht darauf verzichten, auf die Verletzung mit der Zubilligung einer Genugtuung an den Betroffenen zu reagieren. Unbedeutende Beeinträchtigungen erfordern eine Genugtuung nicht. Von einer der Eigenart der Persönlichkeitsverletzung angemessenen Beschränkung des immateriellen Schadensersatzes auf schwere Fälle geht auch das Schweizer Recht aus, das dem Rechtsschutz der Persönlichkeit größere Aufmerksamkeit gewidmet hat als das Bürgerliche Gesetzbuch (vgl Art 49 Abs 1 des Schweizerischen Obligationsrechts).

4. Die Voraussetzungen für die Zubilligung immateriellen Schadensersatzes werden im besonderen dann gegeben sein, wenn - wie in dem vorliegenden Falle in das Persönlichkeitsrecht eines anderen leichtfertig aus dem materiellen Grund eingegriffen wird, die eigene kommerzielle Werbung zugkräftiger zu gestalten. Solchem unlauteren Gewinnstreben kann wirksam nur entgegengetreten werden, wenn es mit dem Risiko eines fühlbaren materiellen Verlustes belastet wird, und andererseits darf der, der mittels unlauteren Eingriffs in eine fremde Persönlichkeitsphäre Geld zu verdienen sucht, sich nicht beschwert fühlen, wenn er zu einem Ausgleich in Geld herangezogen wird. Für den Kläger war die zugefügte Kränkung - gerade im Zusammenhang mit der Anpreisung des Mittels für spezifische Zwecke - keineswegs unbedeutend, zumal die Gefahr nahelag, daß Leser annahmen, der Kläger habe seinen Namen gegen Entgelt zur Verfügung gestellt. Die Zubilligung einer Geldentschädigung als Genugtuung war sowohl nach der Schwere des Eingriffs wie nach der Schwere der Schuld gerechtfertigt.

Mit dem Soraya-Fall wird die Schmerzensgeldrechtsprechung zur Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht gestellt. Das BVerfG hält die Rechtsprechung für mit dem Grundgesetz vereinbar (Entscheidung vom 14.2.1973, BVerfGE 34, 269 = NJW 1973, 1221). Diese Entscheidung ist unhaltbar. Es wäre Aufgabe des Gesetzgebers gewesen, darüber zu befinden, ob Persönlichkeitsrechtsverletzungen mit einem Schmerzensgeldanspruch sanktioniert werden sollten oder nicht. Heute darf man allerdings von einer das Bürgerliche Gesetzbuch verändernden und ergänzenden gewohnheitsrechtlichen Anerkennung der Schmerzensgeldsanktion in den Fällen des schweren Verschuldens und schwerwiegender Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht ausgehen.

*ii. Die Verpflichtung zum Widerruf*

Vor die Verpflichtung zum Widerruf hat die Rechtsprechung hohe Hürden gestellt. An sich kommt ein Widerruf sowohl als Schadensersatzmaßnahme im Restitutionsbereich wie auch als Beseitigungsmaßnahme nach § 1004 BGB analog in Betracht. Der Bundesgerichtshof sieht aber durch den Zwang zum Widerruf die Meinungsäußerungsfreiheit bedroht und prüft deshalb Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit dieser Maßnahme besonders argwöhnisch.

Bei Äußerungen unter vier Augen scheitert der Widerruf schon an der Eignung, das angegratzte Persönlichkeitsbild des Klägers (in der Öffentlichkeit) zu korrigieren:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 17. 06.1953, Az: VI ZR 51/52

Leitsatz

Ein Anspruch auf Widerruf beleidigender Äußerungen, die nur dem Verletzten gegenüber gemacht worden sind, ist nicht gegeben.

Fundstelle

BGHZ 10, 104-107 (LT1)

Wird der Kreis größer, ändert sich die Situation:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 20. 12.1983, Az: VI ZR 94/82

Leitsatz

1. Ehrverletzenden unwahren Behauptungen kann der Betroffene mit der Widerrufsklage grundsätzlich auch dann begegnen, wenn sie im „kleinen Kreis“ aufgestellt worden sind. Dem Verlangen, die Behauptungen gegenüber den Teilnehmern des „kleinen Kreises“ zu widerrufen, steht nicht schon entgegen, daß diese selbst als Störer in Betracht kommen, weil sie sich die Behauptungen des Widerrufsbeklagten zu eigen gemacht haben.

Fundstelle

NJW 1984, 1104-1105 (LT1-2)

ZIP 1984, 443-446 (LT1-2)

Nur Tatsachenbehauptungen und nicht auch Werturteile können Gegenstand einer Widerrufsverpflichtung sein. Darüber hinaus muss die Unwahrheit der Tatsachenbehauptung feststehen:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 05. 06.1962, Az: VI ZR 236/61

Leitsatz

Die Verurteilung zum Widerruf einer ehrkränkenden Behauptung setzt voraus, daß die Unwahrheit der zu widerrufenden Behauptung feststeht.

Fundstelle

BGHZ 37, 187-192 (LT1)

Danach kann man wegen einer beleidigenden Äußerung, die nicht erweislich wahr ist, zwar bestraft werden (§ 186 StGB); vor der Verpflichtung zum Widerruf der nicht erweislich wahren Behauptung schützt dagegen (angeblich) das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit: eine doch recht seltsame Vorstellung, an der der Bundesgerichtshof aber trotz der Kritik im Schrifttum selbst für den nur eingeschränkten Widerruf (Einräumung der Nichterweislichkeit) festhält:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 14. 06.1977, Az: VI ZR 111/75

Leitsatz

Solange der Kläger ernsthafte Anhaltspunkte für die Wahrheit einer ehrenrührigen Behauptung nicht ausgeräumt hat, kann er nicht deren Widerruf verlangen; auch nicht in der eingeschränkten Form, der Beklagte „könne sie nicht aufrechterhalten, weil er sie nicht beweisen könne“ (Ergänzung zu BGHZ 37, 187, 190; 65, 325, 337).

Fundstelle

BGHZ 69, 181-185 (LT)

#### *f. Anfang und Ende des deliktischen Schutzes einer Person*

Unzweifelhaft ist der deliktische Schutz einer Person in dem Zeitraum von der Geburt bis zum Tode. Vor der Geburt und nach dem Tod können allerdings Begründungsprobleme auftauchen. Diese halten sich noch in Grenzen, soweit es um pränatale Schädigungen eines nasciturus geht. Hier gibt schon das Gesetz in § 844 Abs. 2 Satz 2 BGB zuerkennen, dass es auch an den Schutz eines noch nicht geborenen, aber schon gezeugten Menschen denkt. Das ist auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 844 Abs. 2 BGB anerkannt, wie sich der Entscheidung des BGH vom 5.2.1985 entnehmen lässt, die im Zusammenhang mit den Schockschäden als Fall einer mehrfach psychisch vermittelten Kausalität wiedergegeben ist.

Schwieriger gestaltet sich der Bereich solcher Schädigungen, deren Handlungen oder Versäumnisse in einem Zeitraum liegen, zu dem der Geschädigte noch nicht

einmal gezeugt war. Das Problem gewinnt mit Blick auf mit der Immunschwäche AIDS infizierte Neugeborene an tragischer Aktualität. Es ist vom BGH aber schon in den 50iger Jahren zugunsten eines präkonzeptiven Schutzes Neugeborener entschieden worden:

Gericht: BGH 2. Zivilsenat, Datum: 20. 12.1952, Az: II ZR 141/51

Leitsatz

Wird eine Ehefrau als Patientin in einem Krankenhaus durch Verschulden eines der gesetzlichen Vertreter des Krankenhauses mit Lues angesteckt und empfängt die Ehefrau später ein Kind, das infolge der Infektion der Mutter mit angeborener Lues zur Welt kommt, so stehen dem Kinde Schadensersatzansprüche aus BGB § 823 Abs 1 gegen das Krankenhaus zu.

Fundstelle

BGHZ 8, 243-249 (LT1)

Jenseits der haftungsrechtlichen Erfassungsmöglichkeiten des gegebenen Rechts liegen dagegen die Fälle der mit schwersten Behinderungen geborenen Kinder, bei denen die Alternative nicht heißt Geboren-Werden ohne Schädigung, sondern Verhinderung der Geburt durch Abtreibung. Für diese unter dem Stichwort „wrongful life“ diskutierten Fälle hat sich der BGH mit Recht außerstande gesehen, dem mit Schäden geborenen Kind einen Schadensersatzanspruch zuzusprechen. Der Vergleich mit der Alternative, gar nicht zu leben, führt einfach nicht zu kommensurablen Größen.

Der Personenschutz nach dem Tod kann eigentlich nur ein Schutz des Persönlichkeitsbildes sein. Der BGH hat sich zu einem solchen postmortalen Persönlichkeitsschutz in der Mephisto-Entscheidung selbst gegenüber der Kunstfreiheit bereitgefunden.

Auch auf eine Verfassungsbeschwerde hin ist es bei dieser Entscheidung geblieben, weil es beim BVerfG zu einem Stimmenpatt gekommen ist, bei dem die angegriffene Entscheidung bestehen bleibt. Ich beschränke mich auf die Wiedergabe der Leitsätze der in allen Voten außerordentlich lesenswerten Entscheidung:

Gericht: BVerfG 1. Senat, Datum: 24.02.1971, Az: 1 BvR 435/68

Leitsatz



GG Art 5 Abs 3 S 1 ist eine das Verhältnis des Bereiches Kunst zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm. Sie gewährt zugleich ein individuelles Freiheitsrecht.

Die Kunstfreiheitsgarantie betrifft nicht nur die künstlerische Betätigung, sondern auch die Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks.

Auf das Recht der Kunstfreiheit kann sich auch ein Buchverleger berufen.

Für die Kunstfreiheit gelten weder die Schranken des GG Art 5 Abs 2 noch die des GG Art 2 Abs 1 Halbs 2.

Ein Konflikt zwischen der Kunstfreiheitsgarantie und dem verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsbereich ist nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung zu lösen; hierbei ist insbesondere die in GG Art 1 Abs 1 garantierte Würde des Menschen zu beachten.

Fundstelle

BVerfGE 30, 173 (LT1)

---

## *V. Produkthaftung und Produzentenhaftung*

Die Gliederungsüberschrift deutet zwei Ansatzmöglichkeiten für die Haftung eines Herstellers für Schäden an, die von seinen Produkten angerichtet werden. Die eine setzt beim Produktfehler an, die andere orientiert sich an einem Fehlverhalten des Produzenten. Der ersten Möglichkeit hat sich das seit dem 1. Januar 1990 geltende Produkthaftungsgesetz verschrieben. Die zweite Möglichkeit ist im BGB-Deliktsrecht verwirklicht worden, das nach § 15 Abs. 2 ProdHaftG für den Bereich der Produzentenhaftung als parallele Haftungsordnung auch heute noch gilt.

Welche Probleme sollen mit der Produkt- oder Produzentenhaftung gelöst werden? Die Antwort auf diese Frage findet man am leichtesten, wenn man sich die Differenzierungen im Interessenschutz in Erinnerung ruft, die wir am Anfang der Erörterungen zum Haftungsrecht entwickelt haben. Dort haben wir das Erfüllungsinteresse und das Integritätsinteresse zu unterscheiden gelernt. Ein Teil des Erfüllungsinteresses ist das Äquivalenzinteresse. In ihm ist das Interesse eines Vertragspartners angesprochen, für seine Leistung die entsprechende Gegenleistung zu erhalten. Ist die Gegenleistung mangelhaft, entspricht sie nicht den vertraglich festgelegten oder allgemein erwarteten Eigenschaften, so ist das Äquivalenzverhältnis gestört. Die Mittel, diese Störung auszugleichen, stellt das vertragliche Gewährleistungsrecht zur Verfügung. Im Kaufrecht sind dies der

Anspruch auf Nacherfüllung, der Rücktritt, die Minderung und der Anspruch auf Schadensersatz. Die Wahrung des Äquivalenz- und Erfüllungsinteresses ist nicht Gegenstand der Produkt- oder Produzentenhaftung. Diese Haftungen zielen auf die Wahrung des Integritätsinteresses. Damit ist das Interesse am Bestand der ohne das fehlerhafte Produkt vorhandenen Rechtsgüter angesprochen. Produkt- und Produzentenhaftungsfragen treten also dann auf, wenn ein Produkt Schäden an anderen Rechtsgütern anrichtet.

Man kann sich vertragliche und außervertragliche Begründungsmöglichkeiten für eine Produkt- oder Produzentenhaftung denken. Vertragliche Haftungstatbestände haben den Vorteil, dass man die Haftungszurechnung an den Geschäftsherrn in der arbeitsteiligen Produktion über § 278 BGB leichter in den Griff bekommt. Ihre Schwierigkeiten liegen darin, Vertragsbande zwischen dem Geschädigten und dem Hersteller zu knüpfen, wenn der Geschädigte das Produkt nicht seinerseits unmittelbar vom Hersteller erworben hat. Deliktsrechtliche Begründungsmöglichkeiten haben die letzteren Schwierigkeiten nicht. Sie sehen sich aber mit dem Problem konfrontiert, dass dem Produzenten bei arbeitsteiliger Produktion möglicherweise der Entlastungsbeweis im Rahmen des § 831 BGB zu Gebote steht und dass im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB das erforderliche Fehlverhalten des Produzenten vom Geschädigten nachgewiesen werden muss.

### **1. Vertragrechtliche Begründungsmöglichkeiten**

Vertragshaftungen, die das Integritätsinteresse schützen, können begründet werden durch entsprechende Garantieabsprachen oder im Rahmen der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB durch die Verletzung vertraglicher Schutzpflichten. Ausdrückliche Garantieabsprachen in dem gemeinten Sinne kommen so gut wie nie vor. Wenn man dennoch auf dieser Schiene Vertragshaftungen begründen will, muss man andere Ansatzmöglichkeiten suchen. Die glaubte man in Produktaussagen, Werbekampagnen und ähnlichen Dingen zu finden, mit denen ein Hersteller die Nachfrage nach seinen Produkten zu wecken sucht. Die Rechtspraxis hat sich allerdings mit diesen Begründungsmöglichkeiten nicht anfreunden können und letztendlich die Lösung im Deliktsrecht gesucht und gefunden.

Auch der Vertragshaftungsansatz bei der positiven Forderungsverletzung (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) hat sich nicht durchsetzen können. Die Rechtsprechung hat es abgelehnt, den Hersteller als Erfüllungsgehilfen des Händlers anzusehen, mit dem der geschädigte Konsument unmittelbare Vertragsbeziehungen begründet hatte. Sie hat auch die Ideen verworfen, den Konsumenten als durch den Vertrag

des Händlers mit dem Hersteller geschützt anzusehen oder den Händler den Schaden des Konsumenten beim Hersteller im Wege der Drittschadensliquidation liquidieren zu lassen. Schließlich hätten beide Begründungsmöglichkeiten auch nur dem unmittelbaren Vertragspartner des Händlers geholfen. Um den Kreis der Schutzberechtigten zu erweitern, hätte man zum Institut des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter (§ 311 Abs. 3 BGB) greifen müssen. Aber auch das hätte auf keinen Fall so weit gereicht, dass auch Schäden sog. bystander hätten liquidiert werden können. Deliktsrechtliche Begründungen bieten diese Möglichkeiten. Sie haben aber mit anderen Schwierigkeiten zu kämpfen.

## 2. Deliktsrechtliche Begründungen der Produzentenhaftung

### a. § 831 BGB

Als Ausgangspunkt für deliktsrechtliche Begründungen einer Produzentenhaftung bietet sich § 831 BGB an. Es ist ja in der Regel nicht der Hersteller selbst, der ein fehlerhaftes Produkt hervorbringt, sondern es sind im Rahmen einer arbeitsteiligen Produktion seine Gehilfen. Die Begründung in und aus § 831 BGB hat allerdings mit einem doppelten Problem zu kämpfen. Das eine liegt in der Entlastungsmöglichkeit des Geschäftsherrn von den in § 831 BGB für ihn normierten Verkehrspflichten im Hinblick auf Auswahl, Überwachung, Gerätschaften und Leitung. Lässt man hier den sog. dezentralisierten Entlastungsbeweis zu, erweist sich § 831 BGB als bald als stumpfes Schwert. Unter einem dezentralisierten Entlastungsbeweis versteht man die Möglichkeit eines Geschäftsherrn, sich schon dadurch zu entlasten, dass er die Auswahl und Überwachung auf der ersten Stufe (etwa mittleres Management) korrekt geleistet hat, so dass ihn Fehler auf den unteren Ebenen nichts mehr angehen. Das Reichsgericht hat eine derartige haftungsbefreiende Pflichtendelegation für möglich gehalten (vgl. RGZ 78, 107; 87, 1).

Die zweite Schwierigkeit einer Begründung aus § 831 BGB liegt darin, dass § 831 BGB die Rechtswidrigkeit des Gehilfenverhaltens zur haftungsbegründenden Voraussetzung erhebt, die in den hier vorliegenden Fällen der nur mittelbaren Rechtsgutsverletzungen nicht vermutet (indiziert) wird, sondern vom Geschädigten über ein Fehlverhalten der Gehilfen begründet und bewiesen werden muss. Ich darf auf die Erörterungen zum Rechtswidrigkeitsbegriff im Zusammenhang mit dem Straßenbahnurteil verweisen.

Einen Ausweg aus den Dilemmata der Haftungsbegründung aus § 831 BGB bot die Entwicklung nicht delegierbarer Verkehrs- und Organisationspflichten des

Herstellers mit einer Beweislastumkehr dergestalt, dass nicht der Geschädigte die Verletzung der Verkehrspflichten, sondern der Hersteller die Einhaltung der Verkehrs- und Organisationspflichten im Streitfall zu beweisen hat. Diesen Weg hat der BGH mit dem Hühnerpest-Urteil beschritten und die deliktsrechtliche Produzentenhaftung in § 823 Abs. 1 BGB angesiedelt.

Noch im traditionellen Rahmen des § 831 BGB bewegte sich das Schubstreben-Urteil:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 17.10.1967, Az: VI ZR 70/66

Leitsatz

Zur Haftung eines Zulieferer-Unternehmens für die Folgen eines Kraftwagenunfalls, der durch Bruch einer dem Kraftwagen-Hersteller gelieferten und von ihm eingebauten schadhafte Schubstrebe entstanden ist.

Orientierungssatz

Beruhet ein Kraftwagenunfall auf dem Bruch einer dem Kraftwagenhersteller gelieferten und von ihm eingebauten, wegen eines Bearbeitungsfehlers im Zuliefererunternehmen schadhafte Schubstrebe, so haftet der Zulieferer gemäß BGB § 831 für die Folgen des Unfalls, sofern er nicht beweist, daß er seine mit der Herstellung und Überprüfung des Werkstücks betrauten Arbeiter oder Angestellten mit der erforderlichen Sorgfalt ausgesucht, angeleitet und beaufsichtigt hat.

Fundstelle

NJW 1968, 247 (ST)

### *b. § 823 Abs. 1 BGB*

Etwa ein Jahr nach dem Schubstreben-Urteil kam es dann zum Hühnerpest-Urteil, in dem der BGH die vertraglichen Begründungsmöglichkeiten verwarf und für die deliktsrechtliche Begründung § 823 Abs. 1 BGB heranzog. Wenn in der Entscheidung vom Verschulden die Rede ist, so beruht das noch auf einer nicht hinreichend durchdachten Rechtswidrigkeits- und Verschuldenslehre, wie der BGH in einer späteren Leitentscheidung ausdrücklich klarstellt:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 26.11.1968, Az: VI ZR 212/66

Leitsatz

1. Wird bei bestimmungsgemäßer Verwendung eines Industrieerzeugnisses eine Person oder eine Sache dadurch geschädigt, daß das Produkt fehlerhaft hergestellt

war, so muß der Hersteller beweisen, daß ihn hinsichtlich des Fehlers kein Verschulden trifft.

2. Erbringt der Hersteller diesen Beweis nicht, so haftet er nach Deliktsgrundsätzen. Ein Zwischenerwerber kann den bei einem Dritten eingetretenen Schaden nicht nach Vertragsrecht liquidieren.

Fundstelle

BGHZ 51, 91-108 (LT1-2)

Zum Sachverhalt (vereinfacht)

Die Klägerin, die eine Hühnerfarm betreibt, ließ ihre Hühner durch einen Tierarzt gegen Hühnerpest impfen. Der Tierarzt verwendete hierfür einen Impfstoff, den er von der beklagten Herstellerfirma bezogen hatte. Einige Tage danach brach jedoch die Hühnerpest aus. Mehr als 4.000 Hühner verendeten.

Fest steht, daß der von dem Tierarzt verwendete Impfstoff infolge eines Fabrikationsfehlers bakterielle Verunreinigungen enthielt und daß der Ausbruch der Hühnerpest auf die fehlerhafte Beschaffenheit des Impfstoffs zurückzuführen ist. Wie es zu der Verunreinigung kam, insbesondere, ob bei der Herstellung sorgfaltswidrig gehandelt wurde, ist ungeklärt.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Ersatz ihrer Schäden in Anspruch.

Landgericht und Oberlandesgericht haben den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Aus den Entscheidungsgründen:

I. 1. Die Grundsätze über die Drittschadensliquidation können im vorliegenden Falle nicht angewendet werden.

Grundsätzlich kann auf Grund eines Vertrages nur der den Ersatz eines Schadens verlangen, bei dem der Schaden tatsächlich eingetreten ist und dem er rechtlich zur Last fällt. Tritt der Schaden bei einem Dritten ein, so haftet ihm der Schädiger - von besonderen Ausnahmen abgesehen (vgl § 618 Abs 3 mit §§ 844, 845 BGB) - nur nach Deliktsrecht. Diese Unterscheidung zwischen begünstigter Vertragshaftung und begrenzter Deliktshaftung gehört zum System des geltenden Haftungsrechts und ist nicht nur ein theoretisches Dogma. Nur in besonderen Fällen hat die Rechtsprechung Ausnahmen zugelassen, nämlich dann, wenn das durch den Vertrag geschützte Interesse infolge besonderer Rechtsbeziehungen zwischen dem aus dem Vertrag berechtigten Gläubiger und dem Träger des Interesses dergestalt auf den Dritten „verlagert“ ist, daß der Schaden rechtlich ihn und nicht den Gläubiger trifft. Daraus darf der Schädiger keinen Vorteil zum Nachteil des Dritten ziehen: er muß dem Gläubiger den Drittschaden ersetzen. Das gilt - von den seltenen Fällen einer „Gefahrenentlastung“ abgesehen (BGHZ 40, 91, 100) - dann, wenn der Gläubiger für Rechnung des Dritten kontrahiert hatte

(BGHZ 25, 250, 258) oder wenn die Sache, deren Obhut der Schuldner versprochen hatte, nicht dem Gläubiger, sondern dem Dritten gehörte (BGHZ 15, 224).

Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. [...] Zudem setzt Drittschadensliquidation voraus, daß nur ein Schaden entstanden ist, der sich, wäre nicht „zufällig“ ein Dritter Träger des geschützten Rechtsgutes, bei dem Gläubiger ausgewirkt hätte. Von einer solchen „Verlagerung“ des Schadens kann hier nicht gesprochen werden. Dieser ist hier sowohl tatsächlich wie rechtlich bei der Klägerin eingetreten, während er bei einer echten Schadensverlagerung tatsächlich, wenn auch nicht rechtlich, beim Gläubiger eintritt. Er konnte nicht ebensogut beim Tierarzt wie bei den Hühnerhaltern eintreten, sondern nur bei diesen und nicht, worauf es entscheidend ankommt, statt beim Tierarzt bei ihnen.

Die Grundsätze über die Drittschadensliquidation können im vorliegenden Falle nicht angewendet werden.

2. Der Klägerin [steht auch kein] Ersatzanspruch aus einem Vertrag [zwischen Tierarzt und Produzent] mit Schutzwirkung zugunsten Dritter [zu].

a) Der Bundesgerichtshof hat zwar unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt unter bestimmten Umständen auch einem am Vertrag nicht beteiligten Dritten Ersatzansprüche zugebilligt (BGHZ 33, 247, 249 und 49, 350, 351 mit Nachweisen). Diese Grundsätze können hier jedoch nicht herangezogen werden. Keineswegs kann schon jeder, der infolge einer Sorgfaltsverletzung des Schuldners Schaden erlitten hat, einen eigenen Ersatzanspruch aus dem Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner ableiten (Senatsurteil vom 30. April 1968 VI ZR 29/67 -, NJW 1968, 1323). Der Senat hat in seinem Urteil vom 18. Juni 1968 (VI ZR 120/67, NJW 1968, 1929) erneut darauf hingewiesen, daß das Gesetz zwischen unmittelbar und mittelbar Geschädigten unterscheidet und daß die Haftung aus einem Vertrag grundsätzlich an das Band geknüpft ist, das den Schuldner mit seinem Partner verbindet (vgl auch BGH Urt v 9. Oktober 1968 VIII ZR 173/66 -, WM 1968, 1354). Andernfalls besteht die Gefahr, daß der Schuldner das Risiko, das er bei Abschluß eines Vertrages eingeht, nicht mehr einkalkulieren kann. Daher wäre es nicht mehr mit den Grundsätzen von Treu und Glauben, aus denen der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gerade entwickelt worden ist, zu vereinbaren, wenn der Schuldner für so weitgehende Folgen seiner Vertragsverletzung haften müßte. Das kann nur dann angenommen werden, wenn der Gläubiger sozusagen für das Wohl und Wehe des Dritten mitverantwortlich ist, weil dessen Schädigung auch ihn trifft, indem er ihm gegenüber zu Schutz und Fürsorge verpflichtet ist. Dieses Innenverhältnis zwischen dem Gläubiger und einem Dritten, durchweg gekennzeichnet durch einen personenrechtlichen Einschlag, führt zur Schutzwirkung zugunsten des Dritten, nicht das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und seinem Vertragspartner. Ein solches Verhältnis liegt bei einem Kauf- oder einem Werkvertrag in aller Regel nicht vor (vgl Larenz, Schuldrecht 9. Aufl II § 37 IV).

b) Auch im vorliegenden Fall fehlt es an solchen engen Beziehungen zwischen dem Gläubiger (Tierarzt) und seinen Auftraggebern. (Wird ausgeführt).

II. [...] a) Der Klageanspruch würde ohne weiteres zuzusprechen sein, wenn der von Diederichsen (Die Haftung des Warenherstellers, 1967) vertretenen Ansicht gefolgt werden könnte, daß der Hersteller für jede Art von Fehlern des Produkts ohne Rücksicht auf Verschulden, also wie bei einer Gefährdungs- oder gar Erfolgshaftung („strict liability“), eintreten müsse. Diederichsen glaubt, dies aus „rechtssoziologischen und rechtstheoretischen Überlegungen“ dem geltenden Recht entnehmen zu können. Es kann jedoch schon zweifelhaft sein, ob sein Standpunkt rechtspolitisch zu befürworten wäre. Jedenfalls läßt sich eine Haftung ohne Verschulden mit den Grundsätzen des geltenden Haftungsrechts nicht vereinbaren. Die in einzelnen Gesetzen angeordnete Gefährdungshaftung meist zudem bis zu unterschiedlichen Höchstgrenzen - auch auf die Produzentenhaftung auszudehnen, ist dem Richter verwehrt. Vielmehr muß der Gesetzgeber entscheiden, ob und inwieweit dem Hersteller eine stärker objektiviertere Haftung aufzuerlegen ist (vgl die Begründung des Referentenentwurfs eines Gesetzes über Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, 1967, S 102).

b) Ebensowenig ist es - von besonders gelagerten Fällen abgesehen (vgl Lukes, JuS 1968, 347) - rechtlich möglich, dem Endabnehmer dadurch einen direkten Ersatzanspruch zu gewähren, daß ein zwischen ihm und dem Produzenten unmittelbar, wenn auch stillschweigend, abgeschlossener Garantievertrag angenommen wird (so Müller, AcP 1965, 311). Darin, daß der Produzent seine Ware unter Benennung seiner Urheberschaft, nämlich mit seinem Etikett, in Originalverpackungen, unter seinem Warenzeichen oder der von ihm geprägten Bezeichnung (Markenwaren) usw vertreiben läßt, liegt im allgemeinen noch keine Willenserklärung in dem Sinne, daß er dem Verbraucher für sorgfältige Herstellung eintreten wolle (vgl RGZ 87, 1; Schlegelberger/Hefermehl, HGB 4. Aufl Bem 51 vor § 373; Simitis, Gutachten zum DJT 1968 S 24 mit weiteren Nachweisen). In aller Regel läßt sich sogar in der Werbung für Markenwaren, die den Endabnehmer in besonders eindringlicher Weise anspricht, noch keine Zusage finden, für etwaige Mängel der Ware haften zu wollen (BGHZ 48, 118, 122/123). Das kann auch dann nicht angenommen werden, wenn es um die, zudem erheblich weitergehende Frage geht, ob der Hersteller auch einem Endabnehmer seines Produkts direkt haften wolle (vgl Rehbinder, ZHR 1967, 173; Weitnauer, NJW 1968, 1597).

c) Außer Frage steht auch, daß dem Endabnehmer ein Ersatzanspruch nicht schon aus Verletzung der aus „sozialem Kontakt“ angeblich folgenden Schutzpflichten gewährt werden kann (vgl Lorenz in der Festschrift für Nattorp, 1961 S 83; Soergel/Schmidt aaO Bem 5 vor § 275). Zwischen Hersteller und Abnehmer bestehen keine geschäftlichen Beziehungen; sie sollen auch nicht angebahnt und demnächst abgeschlossen werden. Die soziologisch gewiß vorhandenen Beziehungen haben rechtlich nicht das Gewicht, daß aus ihnen Haftungsansprüche kraft rechtlicher Sonderbeziehungen folgten. Das gilt auch für den Versuch von Weimar, die Haftung des Produzenten aus der Generalklausel des § 242 BGB

anzuleiten (Untersuchungen zum Problem der Produkthaftung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 79 S 69ff, und DRiZ 1968, 266).

2. Besondere Überlegung verdient der Gedanke, eine auf dem Gesetz beruhende, aus dem Vertrauensgedanken entwickelte quasikontraktliche Sonderrechtsbeziehung zwischen Hersteller und Verbraucher anzuerkennen. In der Tat dürften die Beziehungen, die zwischen dem Käufer eines schadenstiftenden Produktes und dessen Hersteller vor Eintritt des Schadens bestanden haben, von engerer Art sein als die, die den Hersteller mit „jedermann“ dann - und erst dann - in Verbindung bringen, wenn dieser durch sein Produkt zu Schaden kommt. Diesen „Jedermann“ auf deliktische Ansprüche zu verweisen, ist gerecht. Hinsichtlich der Ersatzansprüche eines Käufers dagegen könnte erwogen werden, sie auch dann aus Vertragsrecht abzuleiten, wenn er die Ware nicht beim Hersteller direkt, sondern über einen Händler gekauft hat.

a) Von derartigen Sonderrechtsbeziehungen zwischen Hersteller und Abnehmer der Ware ausgehend hatte zunächst Lorenz (auf dem Karlsruher Forum 1963) die Ansicht vertreten, der Hersteller müsse für das Vertrauen, das er mit einem Produkt, verstärkt durch die Werbung, beim Verbraucher erweckt habe, entsprechend § 122 BGB einstehen. Diesen Gedanken hat der VIII Zivilsenat des Bundesgerichtshofs am Schluß seines Urteils vom 13. Juli 1963 (BGHZ 40, 91, 108) erwähnt. Er hat damit aber keine Stellung nehmen wollen. In seinem Urteil BGHZ 48, 118 hat er es abgelehnt, der Werbung haftungsbegründende Kraft zuzulegen. Daß sie im Ringen um den „König Kunde“ immer umfangreicher und betriebswirtschaftlich gesehen, immer bedeutungsvoller geworden ist, besagt noch nicht, daß ihr rechtlich die Bedeutung einer Haftungszusage zukäme. so versteht sie ein verständiger Verbraucher auch nicht. Lorenz hat denn auch seinen Gedanken - den vor allem Markert (BB 1964, 319ff) und Rehbinder (ZHR 1967, 180ff) aufgenommen hatten - nicht weiterverfolgt (s Kieler Tagung für Rechtsvergleichung 1965, Heft 28 der Schriftenreihe für Rechtsvergleichung S 51/52).

b) Auf dem Grundgedanken von Lorenz bauen die Lösungsversuche auf, die Haftung des Herstellers aus einem Einstehen für in Anspruch genommenes und vom Verbraucher gewährtes Vertrauen, entsprechend den für culpa in contrahendo entwickelten Rechtssätzen, abzuleiten (vgl Rehbinder, BB 1965, 439 und ZHR 1967, 176; Steffen, JR 1968, 287 und vor allem Canaris, JZ 1968, 494).

Es ist indes zweifelhaft, ob diese Überlegungen tragfähig sein könnten, im Wege einer Fortbildung des Rechts dem Verbraucher einen Ersatzanspruch zu gewähren, der, so wie der deliktische Anspruch, nicht ohne weiteres abgedungen werden könnte, andererseits nicht vom Entlastungsbeweis des § 831 BGB bedroht wäre. Der Senat hat sich schon in seinem Urteil vom 21. März 1967 (VI ZR 164/65, LM BGB § 276 (Ha) Nr 4) gegen die Versuche gewandt, die Haftung eines außerhalb des Vertrages stehenden Dritten aus in Anspruch genommenen Vertrauen zu begründen, und betont, daß damit die durch den Vertrag gezogene Abgrenzung



zwischen schuldrechtlichem und deliktischem Haftungsbereich in folgenschwerer Weise durchbrochen würde. Ob die dort gegen eine Haftungsausdehnung bei positiver Vertragsverletzung ausgesprochenen Bedenken auch gegen die Einbeziehung des Produzenten in eine vertragsähnliche Haftung sprechen, braucht im vorliegenden Fall nicht abschließend entschieden zu werden. Auch braucht der Frage nicht nachgegangen zu werden, wie einem durch das Produkt Geschädigten ein solcher quasikontraktlicher Anspruch zugesprochen werden soll, wenn er das Produkt nicht gekauft hatte, sondern bei dessen Benutzung durch ihn selbst oder durch andere zu Schaden gekommen war. Im vorliegend zu entscheidenden Fall handelt es sich nicht um hintereinander geschaltete, rechtlich selbständige Kaufverträge in einer „Absatzkette“, bei der der Verkäufer in der Tat oft der bloße „Verteiler“ des Herstellers geworden ist, ein „Durchgriff“ daher naheliegt. Hier stand vielmehr zwischen der Klägerin und der Beklagten ein Tierarzt, der allein zu entscheiden hatte, welchen Impfstoff er benutzte. Ihm und nicht einer etwaigen Werbung der Beklagten hatte die Klägerin ihr Vertrauen gewährt. Sie wäre nicht imstande gewesen, selbst den Impfstoff bei der Beklagten unmittelbar oder im Handel zukaufen: die Beklagte durfte ihn nur an den Tierarzt abgeben und nur dieser durfte in anwenden (§ 87 Der Ausführungsvorschriften zum Viehseuchengesetz idF v 1. März 1958, BAnz Nr 45 v 6. März 1958, BGBl III 7831-1-1). Schon deshalb scheidet hier der Gedanke aus, zwischen den Parteien hätten vertragsähnliche Beziehungen bestanden. Die Klägerin war nicht „Verbraucherin“ des Impfstoffes, auch nicht dessen „Benutzerin“, sondern, rechtlich gesehen, „nur“ die Geschädigte. als solche ist sie aber auf deliktische Ersatzansprüche beschränkt.

III. Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt sind die Voraussetzungen des § 823 BGB erfüllt. Der von der Beklagten gelieferte Impfstoff war fehlerhaft und die Ursache für die Erkrankung der Hühner. Auch wenn hier, wie oben ausgeführt, die Regeln des Vertragsrechts nicht anwendbar sind, so muß dennoch davon ausgegangen werden, daß der Beklagten ein eigenes Verschulden zur Last fällt. Wird jemand bei bestimmungsgemäßer Verwendung eines Industrieerzeugnisses dadurch an einem der in § 823 Abs 1 BGB geschützten Rechtsgüter geschädigt, daß dieses Produkt fehlerhaft hergestellt war, so ist es Sache des Herstellers, die Vorgänge aufzuklären, die den Fehler verursacht haben, und dabei darzutun, daß ihn hieran kein Verschulden trifft.

1. Nicht in Frage steht, daß auch bei der „Produzentenhaftung“ der Geschädigte nachzuweisen hat, daß der Schaden durch einen Fehler des Produktes verursacht ist. Die Klägerin hatte daher zu beweisen, daß die Geflügelpest bei ihren Hühnern ausgebrochen ist, weil der Impfstoff von der Beklagten stammte und bei seiner Auslieferung aktive Viren enthielt.

Diesen Beweis hat das Berufungsgericht als erbracht angesehen. (Wird ausgeführt.)

2. [...] 3. Die Revision greift diese Würdigung des Berufungsgerichts an. Ihre Rügen haben keinen Erfolg.

Richtig ist zwar, daß das Berufungsgericht kein Verschulden der Beklagten selbst als bewiesen angesehen hat. Vielmehr hat es lediglich angenommen, daß wahrscheinlich eine Hilfsperson den Schaden verschuldet habe. Eine Haftung der Beklagten gemäß § 278 BGB läßt sich indessen, wie oben dargetan, nicht aus der Anwendung des Vertragsrechts ableiten. Das nötigt aber nicht dazu, den Rechtsstreit an den Tatrichter zurückzuverweisen. Denn es war auch dann Sache der Beklagten, sich zu entlasten, wenn die Klägerin sich nur auf § 823 BGB stützen kann.

aa) Dies ergibt sich schon daraus, daß der Ersatzanspruch der Klägerin auch aus § 823 Abs 2 BGB folgt. Denn die Beklagte hat durch die Auslieferung der gefährlichen Flaschen mit Impfstoff gegen ein Schutzgesetz verstoßen. Dieser Impfstoff, ein Arzneimittel im Sinne des Arzneimittelgesetzes vom 16. Mai 1961 (§ 3 Abs 3 AMG), war geeignet, bei den Hühnern schädliche, ja tödliche Wirkungen hervorzurufen. § 6 AMG verbietet es, derartigen Impfstoff in den Verkehr zu bringen. Diese Vorschrift stellt - nicht anders als der für gesundheitsschädliche Lebensmittel geltende § 3 LebMG (vgl RGZ 170, 155, 156 zu § 4 LebMG) - ein Gesetz zum Schutz der gefährdeten Menschen oder Tiere dar. Ist aber ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz bewiesen, so spricht eine Vermutung dafür, daß dies schuldhaft geschehen ist. Der das Schutzgesetz Übertretende muß daher Umstände dartun und beweisen, die geeignet sind, die Annahme seines Verschuldens auszuräumen (Senatsurteil vom 12. März 1968 - VI ZR 178/66 -, NJW 1968, 1279). Diesen Beweis hat ein Betriebsinhaber nicht geführt, wenn eine mögliche Ursache ungeklärt geblieben ist, die in der Sphäre seiner Verantwortlichkeit liegt und ein schadensursächliches Verschulden enthalten würde (Senatsurteile vom 3. Januar 1961 - VI ZR 67/60 -, VersR 1961, 231, und vom 4. April 1967 - VI ZR 98/65 -, VersR 1967, 685).

bb) Diese Beweislastregelung würde aber auch dann gelten, wenn die Klägerin ihren Ersatzanspruch allein auf Absatz 1 des § 823 BGB stützen könnte. Auch dann war es Sache der Beklagten, sich zu entlasten.

Zwar hat in aller Regel der Geschädigte, der sich auf § 823 Abs 1 BGB stützt, nicht nur die Kausalität zwischen seinem Schaden und dem Verhalten des Schädigers darzutun und notfalls zu beweisen, sondern auch dessen Verschulden (BGHZ 24, 21, 29). Jedoch hängt die Möglichkeit dieses Nachweises der subjektiven Voraussetzungen erheblich davon ab, inwieweit der Geschädigte den objektiven Geschehensablauf in seinen Einzelheiten aufklären kann. Das aber ist vor allem dann mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft, wenn es um Vorgänge geht, die sich bei der Herstellung des Produkts im Betriebe abgespielt haben. Die Rechtsprechung ist daher seit langem dem Geschädigten dadurch zu Hilfe gekommen, daß sie sich mit dem Nachweis einer Kausalkette begnügt hat, die nach der Lebenserfahrung zunächst für ein „Organisationsverschulden“ des Herstellers

spricht. Hierbei kann jedoch für Schadensersatzansprüche aus „Produzentenhaftung“ nicht stehengeblieben werden. Allzuoft wird der Betriebsinhaber die Möglichkeit dartun, daß der Fehler des Produkts auch auf eine Weise verursacht worden sein kann, die den Schluß auf sein Verschulden nicht zuläßt - ein Nachweis, der zumeist wiederum auf Vorgängen im Betriebe des Schädigers beruht, daher vom Geschädigten schwer zu widerlegen ist. Infolgedessen kann der Hersteller dann, wenn es um Schäden geht, die aus dem Gefahrenbereich seines Betriebes erwachsen sind, noch nicht dadurch als entlastet angesehen werden, daß er Möglichkeiten aufzeigt, nach denen der Fehler des Produkts auch ohne ein in seinem Organisationsbereich liegendes Verschulden entstanden sein kann. Dies gebieten in den Fällen der Produzentenhaftung die schutzbedürftigen Interessen des Geschädigten - gleich ob Endabnehmer, Benutzer oder Dritter; andererseits erlauben es die schutzwürdigen Interessen des Produzenten, von ihm den Nachweis seiner Schuldlosigkeit zu verlangen.

Diese Beweisregel greift freilich erst ein, wenn der Geschädigte nachgewiesen hat, daß sein Schaden im Organisations- und Gefahrenbereich des Herstellers, und zwar durch einen objektiven Mangel oder Zustand der Verkehrswidrigkeit ausgelöst worden ist. Dieser Beweis wird vom Geschädigten sogar dann verlangt, wenn er den Schädiger wegen Verletzung vertraglicher oder vorvertraglicher Schutz- und Nebenpflichten in Anspruch nimmt (Senatsurteile vom 26. September 1961 - VI ZR 92/61 -, LM BGB § 276 (Fa) Nr 13 = NJW 1962, 31 und vom 18. Januar 1966 - VI ZR 184/64 -, MDR 1966, 491). Nichts anderes gilt, wenn er den Produzenten wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht in Anspruch nimmt. Hat er aber diesen Beweis geführt, so ist der Produzent „näher daran“, den Sachverhalt aufzuklären und die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Er überblickt die Produktionssphäre, bestimmt und organisiert den Herstellungsprozeß und die Auslieferungskontrolle der fertigen Produkte. Oft machen die Größe des Betriebes, seine komplizierte, verschachtelte, auf Arbeitsteilung beruhende Organisation, verwickelte technische, chemische oder biologische Vorgänge und dergleichen es dem Geschädigten praktisch unmöglich, die Ursache des schadenstiftenden Fehlers aufzuklären. Er vermag daher dem Richter den Sachverhalt nicht in solcher Weise darzulegen, daß dieser zuverlässig beurteilen kann, ob der Betriebsleitung ein Versäumnis vorzuwerfen ist oder ob es sich um einen von einem Arbeiter verschuldeten Fabrikationsfehler, um einen der immer wieder einmal vorkommenden „Ausreißer“ oder gar um einen „Entwicklungsfehler“ gehandelt hat, der nach dem damaligen Stand der Technik und Wissenschaft unvorhersehbar war. Liegt so aber die Ursache der Unaufklärbarkeit im Bereich des Produzenten, so gehört sie auch zu seiner Risikosphäre. Dann ist es sachgerecht und zumutbar, daß ihn das Risiko der Nichterweislichkeit seiner Schuldlosigkeit trifft.

Von solcher Beweisregel ist die Rechtsprechung schon immer bei vertraglichen oder quasivertraglichen Sonderrechtsbeziehungen zwischen Geschädigtem (Gläubiger) und Schädiger (Schuldner) ausgegangen (BGHZ 48, 310, 312; BGH

LM BGB § 536 Nr 6a = NJW 1964, 34; BGH NJW 1968, 2240). Es ist kein durchgreifender Grund ersichtlich, warum diese Beweisregel nicht dann für nach Deliktsrecht zu entscheidende Haftungsfälle ebenso gelten soll, wenn die ihr zugrunde liegenden Erwägungen auch hier zutreffen. Schon § 831 BGB erlegt dem Geschäftsherrn in bestimmten Beziehungen einen Entlastungsbeweis auf; ähnliches gilt in den Haftungsfällen der §§ 832, 833, 834 BGB. Vor allem gilt dies in den Fällen der §§ 836ff BGB. Hier verlangt das Gesetz zwar von dem durch den Einsturz eines Gebäudes Geschädigten den Beweis, daß sein Schaden „die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung“ des Gebäudes war, erlegt aber dem Besitzer usw den Beweis dafür auf, daß er alles getan hat, um die Gefahren, die von seinem Gebäude ausgehen konnten, abzuwenden. Die in diesen Vorschriften angeordnete Umkehr der Behauptungs- und Beweislast geht nicht immer davon aus, das Verschulden des Schädigers sei zu vermuten. Vielmehr beruht sie überwiegend auf dem Gedanken, daß der Schädiger eher als der Geschädigte in der Lage ist, die für den Vorwurf der Fahrlässigkeit maßgebenden Vorgänge aufzuklären, daß es daher gerecht sei, ihn das Risiko einer Unaufklärbarkeit tragen zu lassen. Der Senat hat schon in seinem Urteil vom 1. April 1953 (VI ZR 77/52, LM ZPO § 286 (C) Nr 12) darauf hingewiesen, vom Kläger könne nicht der für ihn gewöhnlich fast unmögliche Nachweis verlangt werden, daß die schadenstiftende Sache durch ein Verschulden des Geschäftsinhabers oder seiner Angestellten in den Betrieb gekommen sei. Vor allem hat der Senat bereits in seinem Urteil vom 17. Oktober 1967 (VI ZR 70/66, NJW 1968, 247) ausgesprochen, es sei Sache des Produzenten, sich zu entlasten, wenn der Geschädigte keine Angaben darüber machen könne, in welchen Einzelpunkten schuldhaftige Pflichtverletzungen der Unternehmensleitung vorgelegen hätten. Die moderne Entwicklung der Warenproduktion, an der oft nachträglich nur schwer zu ermittelnde Personen oder Maschinen beteiligt sind und die auf nur noch vom Fachmann zu durchschauenden und zu kontrollierenden Fertigungsprozessen beruht, verlangt eine Fortbildung des Beweisrechts in der Richtung, wie sie das Gesetz in § 836 BGB vorgezeichnet hat (vgl Simitis, Gutachten zum DJT 1968 S 92ff; Stoll in Festschrift für von Hippel, 1967, S 557).

Dabei wird es allerdings - so wie bei der für positive Vertragsverletzungen anerkannten Umkehrung der Beweislast - stets auf die in der jeweiligen Fallgruppe gegebene Interessenlage ankommen. Die Frage, ob auch dem Inhaber eines kleineren Betriebes, dessen Herstellungsverfahren überschaubar und durchsichtig ist (Familien- und Einmannbetriebe, landwirtschaftliche Erzeuger und dergleichen), die Übernahme des Beweisrisikos zugemutet werden kann, bedarf hier keiner Prüfung. In den Fällen der hier vorliegenden Art ist es jedenfalls Sache des Herstellers, sich zu entlasten.

4. Diesen Entlastungsbeweis hat die Beklagte nicht erbracht.

Im Zuge der Entwicklung sind vier Fehlverhaltenskategorien eines Herstellers herausgearbeitet worden, die mit Konstruktionsfehlern, Fabrikationsfehlern,

Instruktionsfehlern und Produktbeobachtungsfehlern bezeichnet werden. Bei den Konstruktionsfehlern geht es darum, dass schon der konstruktive Entwurf eines Produkts nicht so geartet ist, dass er vermeidbare Schädigungen hindert. Bei den Fabrikationsfehlern ist zwar der konstruktive Entwurf in Ordnung, jedoch werden die Verkehrspflichten einer ordnungsgemäßen Herstellung nicht eingehalten. Bei den Instruktionsfehlern ist weder etwas gegen die Konstruktion noch etwas gegen die Fabrikation einzuwenden. Indessen hätte man Warnungshinweise erwartet, die einen gefahrlosen Umgang mit dem Produkt ermöglicht hätten. Mit den Produktbeobachtungsfehlern werden die Verkehrspflichten auf den Zeitraum nach dem Inverkehrbringen des Produkts erstreckt. Mit dieser Fehlerkategorie kann man Produktschäden erfassen, für die der Hersteller vorher noch nicht hätte verantwortlich gemacht werden können, weil der Stand von Wissenschaft und Technik die Produktion eines besseren Produkts noch nicht erlaubte oder die Gefahr noch nicht erkennen ließ (sog. Entwicklungsfehlerrisiko). Verbessert sich der Wissensstand in Forschung und Technik oder ergibt die Nutzung des Produkts, dass von ihm erhebliche Gefahren ausgehen, so ist auf Grund der Produktbeobachtungspflicht der Hersteller gehalten, nachträgliche Warnhinweise zu geben oder gar das Produkt zurückzurufen.

Eine Haftung, die an die Fehlerhaftigkeit des Produkts im Zeitpunkt des Inverkehrbringens anknüpft - wie die Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz - hat diese Möglichkeit nicht. Bei ihr lastet das Entwicklungsfehlerrisiko uneingeschränkt auf den Schultern der Geschädigten.

### *i. Konstruktionsfehler*

Welche Verkehrspflichtenanforderungen einen Hersteller im Konstruktionsbereich treffen, hängt von vielfältigen Umständen im Rahmen einer Interessenabwägung ab. Die können auch damit zusammenhängen, wieviel Geld man für ein Produkt zu bezahlen bereit ist. So lassen sich sicherlich Verkehrsunfälle durch den Einbau eines ABS-Systems in nennenswertem Umfang vermeiden, und dennoch kann man nicht erwarten, bei dem Kauf eines Kleinwagens für €8.000 einen Wagen mit einem entsprechenden Bremssystem zu erwerben. Und auch ein beim Unfallgeschehen verletzter Fußgänger darf heute noch nicht davon ausgehen, dass alle Kraftfahrzeuge, denen er im Verkehr begegnet, mit einem ABS-System ausgerüstet sind.

Welche Erwägungen für die Begründung eines Fehlverhaltens im Konstruktionsbereich anzustellen sind, dokumentiert die Pferdebox-Entscheidung des BGH:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 17.10.1989, Az: VI ZR 258/88

Leitsatz

1. Konstruktive Maßnahmen zur Beseitigung von Produktgefahren müssen dann nicht getroffen werden, wenn die Benutzer dies im Bewußtsein der bestehenden konkreten Gefahr nicht für erforderlich erachten.

2. Aufgrund der Produktbeobachtungspflicht ist ein Warenhersteller auch gehalten, die Produktentwicklung der wichtigsten Mitbewerber zu beobachten.

Fundstelle: VersR 1989, 1307-1308; NJW 1990, 906-908, ZIP 1990, 516-518 (LT)

Tatbestand

Der Kläger verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen der Verletzung eines Pferdes.

Der Kläger war Eigentümer eines Hannoveraner Fuchswallachs, der als Turnierspringpferd verwendet wurde. Er hatte dieses Pferd seit dem Jahre 1984 auf dem Hof des Landwirts E. in V. untergebracht. Die beklagte Gesellschaft ist Herstellerin von Pferdeboxen. In dem Pferdestall des Landwirts E. befanden sich Boxen, welche im Betrieb der Beklagten hergestellt und von deren Arbeitnehmern montiert worden waren. Die Trennwände dieser Boxen sind insgesamt 2,2 m hoch. Bis zur Höhe von 1,5 m bestehen sie aus massivem Bongossi-Holz, im oberen Bereich sind sie als Sprossenwand hergestellt mit massiven feuerverzinkten Rohren von 2,2 cm Durchmesser. Als oberen Abschluß der Trennwände hat die Beklagte ein nach oben offenes feuerverzinktes U-Eisen verwendet. Der Kläger behauptet, sein Pferd habe sich am 2. Januar 1985 dadurch verletzt, daß es beim Aufstellen auf die Hinterhand mit dem linken Vorderhuf an dem oberen Rand des U-Eisens der Box hängengeblieben sei. Dabei seien Verletzungen an der Sehne der vorderen linken Fesselbeuge unter Eröffnung der gemeinsamen Sehnenscheide eingetreten. Bei dem Verkauf des Pferdes habe er deshalb eine Preiseinbuße von 55.000 DM erlitten. Außerdem seien ihm Behandlungskosten in Höhe von 2.251,16 DM entstanden. Während der verletzungsbedingten Gebrauchsunfähigkeit des Pferdes habe er noch 3.150 DM Unterbringungskosten aufbringen müssen.

Das Landgericht hat die auf Zahlung von 60.401,16 DM nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt er seine Klageansprüche weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht stellt aufgrund der Bekundungen des Landwirts E. und des Tierarztes C. - und von der Revision nicht beanstandet - fest, daß sich das Pferd des Klägers in der behaupteten Weise beim Aufbäumen an der Kante des nach oben offenen U-Profiles des oberen Abschlusses der Boxentrennwand verletzt hat.

Aufgrund dieses Unfallablaufes sind jedoch nach Auffassung des Berufungsgerichts keine Schadensersatzansprüche des Klägers gegen die Beklagte entstanden. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Hersteller in Bezug auf sein Produkt Sicherungsmaßnahmen konstruktiver Art nur dann zu treffen hat, wenn nicht nur die theoretische Möglichkeit besteht, daß Rechtsgüter anderer durch sein Produkt verletzt werden, sondern wenn dies naheliegt. Die von der Beklagten hergestellte und montierte Boxtrennwand habe aber nicht zu einer naheliegenden Gefährdung von Rechtsgütern Dritter geführt. Nach sachverständiger Beratung ist das Berufungsgericht zu der Überzeugung gelangt, es handle sich hierbei um eine letztlich theoretische Gefahrenquelle, die sich lediglich in seltenen Ausnahmefällen auswirke. In den Kreisen von Herstellern und Abnehmern derartiger Boxen werde diese Gefahrenquelle (noch) toleriert, so daß nach der Verkehrserwartung Maßnahmen zur Beseitigung dieser Gefahrenquelle nicht als objektiv erforderlich anzusehen seien.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Rechtlich einwandfrei geht das Berufungsgericht, wie auch die Revision nicht verkennt, allerdings davon aus, daß jeder Verkehrssicherungspflichtige Sicherungsmaßnahmen nur zu treffen hat, wenn nicht nur die theoretische Möglichkeit besteht, daß Rechtsgüter anderer verletzt werden, sondern wenn dies naheliegt, und daß bei der Frage nach der Notwendigkeit von Sicherungsmaßnahmen auch auf die Verkehrserwartung abzustellen ist (vgl. z.B. Senatsurteil vom 15.4.1975 - VI ZR 19/74 - VersR 1975, 812; zur Verkehrserwartung vgl. auch Senatsurteile vom 16.2.1972 - VI ZR 111/70 - Förderkorb - VersR 1972, 559, 560 (zur Konstruktionspflicht) und (zur Instruktionspflicht) vom 7.10.1986 - VI ZR 187/85 - Verzinkungsspray - VersR 1987, 102, 103 m.w.N.).

Gefahren, die typischerweise mit der Benutzung eines Produkts verbunden sind, von den Benutzern erkannt und grundsätzlich "in Kauf genommen" werden, braucht der Verkehrssicherungspflichtige nicht abzuwenden (vgl. Senatsurteil vom 30.11.1976 - VI ZR 3/76 - Autoscooter - VersR 1977, 334, 335).

2. Die Anwendung dieser Rechtsgrundsätze auf den Streitfall ist jedoch von Rechtsfehlern beeinflusst.

a) Bedenken bestehen schon gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die von der Beklagten hergestellte und montierte Trennwand habe nicht zu einer naheliegenden Gefährdung von Rechtsgütern Dritter geführt. Das Berufungsgericht folgt dem Sachverständigen Dr. K., wonach das Aufbäumen eines Pferdes in der Box nicht atypisch, sondern - insbesondere bei geschlossenen Beständen ohne häufigen Pferdewechsel - nur ausgesprochen selten sei. Es geht auch, worauf die Revision mit Recht hinweist, an anderer Stelle des Berufungsurteils selbst davon aus, daß es sich bei den nach oben offenen UProfilen, die nach dem unbestrittenen Klagevorbringen überdies noch

scharfkantig waren, um eine Gefahrenquelle handelte. Typischen Gefahrensituationen muß aber, auch wenn sie selten eintreten, vom Verkehrssicherungspflichtigen begegnet werden, jedenfalls wenn sie zu nicht unerheblichen Schäden führen können (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 7. Juni 1988 - VI ZR 91/87 - Limonadenflasche, BGHZ 104, 323, 326ff). Es handelt sich bei ihnen nicht um eine Gefahr, die als nur theoretisch vernachlässigt werden darf.

b) Eine Haftung der Beklagten konnte damit allenfalls dann entfallen, wenn, wie das Berufungsgericht weiter meint, nach der Verkehrserwartung gleichwohl Maßnahmen zur Beseitigung dieser Gefahrenquelle nicht erforderlich waren. Denn alle Verkehrssicherungspflichten sind, wie bereits ausgeführt, grundsätzlich unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung zu bemessen (Senatsurteil vom 9. Juli 1985 - VI ZR 71/84 - VersR 1985, 1093, 1094 m.w.N.). Aufgrund der getroffenen Feststellungen durfte das Berufungsgericht jedoch nicht davon ausgehen, nach der Verkehrserwartung sei eine andere Konstruktion, insbesondere auch der Verzicht auf scharfe Profilkanten, nicht erforderlich gewesen.

aa) Eine solche Annahme wäre nur dann gerechtfertigt gewesen, wenn das Berufungsgericht hätte feststellen können, daß die Benutzer solcher Stalltrennwände dies allgemein und im Bewußtsein der zwar seltenen aber konkreten Gefahren für die dort eingestellten Pferde nicht für erforderlich erachteten. Solche Feststellungen trifft es jedoch nicht, sondern meint nur, "in den Kreisen von Herstellern und Abnehmern werde diese Gefahrenquelle (noch) toleriert". Dies wiederum leitet es daraus ab, daß nach seiner Rechnung 27,8% der Hersteller (nach Rechnung der Revisionserwiderung 37,5%) ebenfalls Trennwände mit nach oben offenem Profil herstellen, daß der Markt dies hinnehme und daß in der einschlägigen Literatur und in Fachzeitschriften über diese Gefahrenquelle nicht diskutiert worden sei.

Für die Verkehrserwartung hinsichtlich der Gestaltung der Boxentrennwände kommt es nicht darauf an, ob und gegebenenfalls wieviele Hersteller irgendwelche damit verbundenen Gefahren für ihre Abnehmer tolerieren. Maßgeblich ist vielmehr der Erwartungshorizont der gefährdeten Benutzerkreise (vgl. Foerste in Produkthaftungshandbuch, § 23 Rn. 13, § 24 Rn. 3), und auch diese Erwartung wird nicht dadurch festgelegt, was die Benutzer mangels einer besseren Alternative noch hinzunehmen bereit sind, sondern dadurch, was sie zum Schutz ihrer Tiere vor Verletzungen für erforderlich erachten. Es kommt deshalb ausschließlich darauf an, was ein durchschnittlicher Benutzer objektiv an Sicherheit bei diesen Wänden erwartet bzw. erwarten kann (vgl. Kullmann in Kullmann/Pfister, Produzentenhaftung, Kennzahl 1520 unter F I 2 b; zur Beschaffenheit von Bahnsteigen vgl. auch Senatsurteil vom 20. Januar 1981 - VI ZR 205/79 - VersR 1981, 482), also, wie das Berufungsgericht an anderer Stelle des Berufungsurteiles selbst sagt, darauf, welche Anforderungen vernünftigerweise von den Produktbenutzern gestellt werden. Diese Frage läßt sich auch nicht, wie das Berufungsgericht anscheinend meint, danach beantworten, wie groß die Zahl bzw. der Prozentsatz der Hersteller ist, die Trennwände mit nach oben offenem Profil



anbieten. Das Angebot der Hersteller ergibt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts noch keinen Hinweis darauf, daß der Markt derartige Konstruktionen hinnimmt, geschweige denn, daß die Benutzer sie auch dann noch "tolerieren", wenn ihnen die Gefahr bewußt ist und sie auf sicherere Konstruktionen ausweichen können. Rückschlüsse auf die Verkehrserwartung lassen sich allenfalls - und auch das nur bedingt - daraus ziehen, welche Art von Trennwänden hauptsächlich verkauft wird.

bb) Die Verkehrserwartung kann allerdings auch abhängig sein von der vom Berufungsgericht erwähnten Preisgestaltung. Denn auch der Preis eines Produktes kann die Sicherheitserwartungen beeinflussen. Jedenfalls erwartet der durchschnittliche Benutzer von einem teureren Produkt derselben Produktart im allgemeinen mehr Sicherheit als von einer vergleichsweise billigeren Ausführung. Denn erhöhte Sicherheit hat ihren Preis (vgl. Taschner, (EGRichtlinie) Produkthaftung, 1986, Art. 6 Rn. 22). Das Berufungsgericht hat jedoch nicht festgestellt, daß die auf dem Markt befindlichen Stallboxen mit gefahrloser Oberseite der Trennwände teurer waren als diejenigen der Beklagten. Der Sachverständige spricht nur von einer kostengünstigeren Produktion bei dem von der Beklagten gewählten Verfahren. Die Produktionskosten sind allenfalls ein Umstand, der bei der Frage der Zumutbarkeit einer teureren Produktion von Bedeutung sein kann. Die Beklagte hat jedoch im Streitfalle nicht geltend gemacht, daß ihr eine andere Konstruktion wirtschaftlich nicht zumutbar war.

cc) Die Revision rügt in diesem Zusammenhang zusätzlich mit Erfolg, daß das Berufungsgericht Ausführungen des Sachverständigen unbeachtet gelassen hat, die ebenfalls für die Frage der Verkehrserwartung von Bedeutung sind, nämlich den Hinweis des Sachverständigen darauf, daß Hersteller von Pferdeboxen mit langer Erfahrung eindeutig geschlossene obere Abschlüsse vorziehen, obwohl sie früher ebenfalls die Konstruktion der Beklagten verwendet haben. Das spricht dafür, daß diese Konstruktion von den einschlägigen Fachkreisen nicht mehr für akzeptabel gehalten wird.

III. Da die vom Berufungsgericht für die Klageabweisung gegebene Begründung seine Entscheidung nicht trägt, muß das Berufungsurteil aufgehoben werden. Im Hinblick darauf, daß alle wesentlichen tatsächlichen Umstände entweder unstreitig oder vom Berufungsgericht bereits festgestellt sind und auch keine Anhaltspunkte dafür bestehen, daß noch weitere Feststellungen getroffen werden können, welche die Beklagte entlasten können, ist der erkennende Senat zu einer abschließenden Entscheidung über den Grund des geltend gemachten Anspruches in der Lage (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Die Entscheidung muß dahin ergehen, daß in Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt wird.

1. Die Beklagte war als Herstellerin von Boxentrennwänden für Pferdeställe verpflichtet, in den Grenzen des technisch Möglichen und ihr wirtschaftlich Zumutbaren dafür zu sorgen, daß die in den Boxen gehaltenen Pferde bei ihrem

typischen Tierverhalten keine Verletzungen erleiden (vgl. Senatsurteil BGHZ 104, 323, 326). Hierzu gehörte auch die Vorsorge, daß sich die Pferde bei dem zwar seltenen, aber doch typischen Aufbäumen nicht infolge scharfer Kanten einzelner Stäbe an den Sehnen verletzen konnten. Eine Veränderung der Konstruktion ihrer Trennwände dahingehend, daß das nach oben offene scharfkantige U-Eisen des oberen Trennwandabschlusses mit einem Kantholz ausgefüllt, umgedreht oder durch eine andere Abschlußkonstruktion ersetzt wurde, war, wie auch das Berufungsgericht unterstellt, technisch einfach möglich und - wie bereits ausgeführt - der Beklagten offensichtlich auch wirtschaftlich nicht unzumutbar.

Die Beklagte konnte, wie ebenfalls bereits dargelegt ist, auch nicht davon ausgehen, daß die Pferdehalter bewußt diese Gefahren in Kauf nehmen werden.

2. Die Beklagte hat auch fahrlässig ihre Sorgfaltspflichten im Konstruktionsbereich verletzt.

Sie kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, daß sie eine Konstruktion gewählt hatte, die auch noch von anderen Herstellern angeboten wurde, und daß sie damit die "übliche" Sorgfalt angewendet hatte. Dem Fahrlässigkeitsvorwurf kann sie sich nur entziehen, wenn sie die im Verkehr "erforderliche" Sorgfalt angewendet hätte (BGHZ 8, 138, 140; BGH, Urteil vom 17. Mai 1972 - VIII ZR 98/71 - VersR 1972, 953, 954). Erforderlich war es aber im Streitfalle, die konstruktionsbedingt aufgetretenen Gefahrenmomente zu beseitigen. Den für die Konstruktion verantwortlichen verfassungsmäßig berufenen Vertretern der Beklagten hätte auch bewußt sein müssen, daß eine solche konstruktive Änderung des oberen Abschlusses der Boxentrennwände erforderlich war. Dies ergab sich für sie schon daraus, daß, wie unter II 2a ausgeführt wurde, die Möglichkeit, daß sich Pferde daran verletzten, keine nur theoretisch bestehende Gefahr darstellte und daher von ihnen in Betracht zu ziehen war.

Im übrigen kann sich die Beklagte nicht mit Erfolg darauf berufen, daß nach ihrer Kenntnis bis zur Montage der Boxen im Stall des Landwirts E. sich diese Gefahr noch nie verwirklicht hatte. Aufgrund ihrer Produktbeobachtungspflicht (vgl. BGHZ 80, 199, 202) war die Beklagte nicht nur gehalten, die Bewährung ihrer Produkte in der Praxis zu beobachten und - wie das Berufungsgericht meint - zu prüfen, ob etwa in Fachzeitschriften bzw. sonstiger Literatur oder in Züchterkreisen über diese Gefahr diskutiert wurde. Sie hatte auch die Pflicht, worauf die Revision hinweist, organisatorische Vorkehrungen dafür zu treffen, daß in ihrem Unternehmen laufend die Entwicklung der Technik auf ihrem Arbeitsbereich verfolgt wird. In diesem Zusammenhang hätte auch die Produktentwicklung der wichtigsten Mitbewerber beobachtet werden müssen (vgl. Veltins in Kullmann/Pfister, aaO, Kennzahl 4310 unter B II 2d, aaO (S. 19)). Wäre sie dieser Pflicht nachgekommen, dann hätte ihren Konstrukteuren nicht verborgen bleiben können, daß, wie es der Sachverständige Dr. K. dargelegt hat, Hersteller mit längerer Erfahrung die von der Beklagten noch verwendete Konstruktion aufgegeben hatten und nun geschlossene obere Abschlüsse vorzogen. Sie hätten

dann auch den Grund für diese Änderung in der Konstruktion der Pferdeboxen erkennen und dann ihre eigene Konstruktion entsprechend ändern müssen.

*ii. Instruktions- und Warnpflicht*

Instruktiv zu den weitreichenden Instruktions- und Warnpflichten eines Herstellers von Kindertee ist die milupa-Entscheidung des BGH zur Produzentenhaftung:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 12.11.1991, Az: VI ZR 7/91

Leitsatz

1. In Warnhinweisen über Produktgefahren muß die Art der drohenden Gefahr deutlich herausgestellt werden. Jedenfalls dann, wenn erhebliche Körper- oder Gesundheitsschäden durch eine Fehlanwendung des Produkts entstehen können, muß der Produktverwender aus dem Warnhinweis auch erkennen können, warum das Produkt gefährlich werden kann.

2. Steht in einem Produkthaftungsprozeß fest, daß ein Hersteller objektiv seine Instruktionspflichten bei der Inverkehrgabe eines seiner Produkte verletzt hat, dann ist davon auszugehen, daß die Verletzung dieser Pflichten schuldhaft erfolgt ist, sofern der Hersteller nicht den Beweis führt, daß ihn kein Verschulden trifft.

Fundstelle: BGHZ 116, 60-77; NJW 1992, 560-564

Tatbestand:

Der Kläger verlangt von der beklagten Aktiengesellschaft, die Säuglings- und Kindernahrungsmittel herstellt, Schadensersatz wegen Kariesbefalles seines Milchzahngebisses.

Die Beklagte produziert verschiedene Instant-Tee-Pulver die bei vorschriftsmäßiger Auflösung einen Zuckeranteil von etwa 9,6 % haben. Außerdem vertreibt sie Plastiktrinkflaschen für diese Getränke mit Fassungsvermögen von 52 und 120 ml (sog. Saug- oder "Nuckel"-Flaschen).

Im September 1981 beschrieb Prof. Dr. Wetzel aus Gießen in einer zahnmedizinischen Fachzeitschrift eine "neue Form" der Milchzahnkaries bei Kleinkindern, die er auf die Verabreichung von Kinderteeprodukten an Säuglinge und Kleinkinder durch sog. "Dauernuckeln" zurückführte. Nachdem die Beklagte mit diesem Wissenschaftler Kontakt aufgenommen hatte, nahm sie ab November 1981 in die Banderole der Tee-Verpackungen unter der Überschrift "Zubereitung" u.a. folgenden Hinweis auf:

"Flasche selbst halten und nicht dem Kind als Nuckelfläschchen überlassen; häufiges oder andauerndes Umspülen der Zähne, z.B. vor dem Einschlafen, kann Karies verursachen."

In den ab Dezember 1982 verwendeten Banderolen wurde dieser Text aus den Zubereitungshinweisen herausgenommen; er wurde nun unter die Überschrift: "Wichtige Hinweise" gestellt und - ebenso wie die weiter unten auf der Banderole stehenden Angaben über das Füllgewicht und die Bestandteil schwarz umrandet. In ihrer ab 30. November 1981 in einer Auflage von 500.000 Stück herausgegebenen Broschüre "Mütter fragen - M. antwortet" sowie in einer zweiten Auflage vom März 1982 von 200.000 Stück war u.a. folgender Ratschlag enthalten:

"Wenn Ihr Kind Durst hat, können Sie ihm unsere gesüßten Kindertees geben. Trinkt es noch aus der Flasche, lassen Sie es zügig trinken, bis sein Durst gelöscht ist. Halten Sie die Flasche selbst in der Hand. überlassen Sie ihrem Kind auf keinen Fall das Fläschchen als eine Art "Dauer-Beruhigungssauger". Bei dauerndem "Nuckeln" werden die Zähne längerfristig von der süßen Flüssigkeit umspült. Das kann zu Karies führen - wie jeder übermäßige Genuß von Süßem. Ist ihr Kind schon größer, lassen Sie es aus dem Becher oder der Tasse trinken."

Ab 17. Dezember 1981 ließ die Beklagte Merkblätter verteilen, welche die Überschrift "Wichtige Information" trugen. Sie verweist darin zunächst blickfangartig auf die Eigenschaft ihrer Kinder-Tee-Getränke als bewährte Durstlöcher und zeigt in einem eingerahmten Kasten den Zuckergehalt verschiedener Getränke (z.B. Cola-Getränke und Fruchtsäfte) auf. Nach einem Hinweis auf den hohen Flüssigkeitsbedarf von Kindern und der Empfehlung zur Verwendung von Kindertee Getränken für den Durst folgen am Schluß folgende Sätze:

"Wird das Kind noch mit dem Fläschchen gefüttert, sollte es seinen Durst zügig löschen. Um Karies zu vermeiden, darf die gefüllte Flasche dem Kind auf keinen Fall als "Dauer-Beruhigungssauger" überlassen werden".

Der am 13. Oktober 1979 geborene Kläger hat behauptet er habe in der Zeit von November 1979 bis Juni 1983 das Produkt "M.-Kindertee-Kräutertee-Getränk" der Beklagten erhalten. Er habe den Tee tagsüber als Einschlafhilfe und in nächtlichen Wachphasen als Wiedereinschlafhilfe in täglichen Mengen bis zu etwa 1200 ml zu sich genommen. Es sei fast ausschließlich die 120 ml fassende "kleine Teeflasche" der Beklagten verwendet worden. Der erste Zahn sei zwischen dem 7. und 8. Lebensmonat durchgebrochen. Im Alter von etwa 1 bis 2 Jahren hätten seine Eltern eine erste "braune Rille" Zahnschmelz der oberen Schneidezähne wahrgenommen. Die Vorsorgeuntersuchung U 7 zwischen dem 21. und 24. Lebensmonat, bei welcher Kleinkinder auf Karies untersucht werden, sei bei ihm am 7. Oktober 1981 durchgeführt worden. Am 11. Juni 198 habe ein Zahnarzt festgestellt, daß die vier oberen Schneidezähne (62, 61, 51, 52) und die unteren mittleren Schneidezähne (71, 81) von einer ausgeprägten Glattflächenkaries befallen gewesen seien. Der Zahnarzt habe an diesem Tag die Zähne 71 und 81 wegen des Kariesbefalles gezogen. Am 14. Februar 1986 sei der ebenfalls stark zerstörte Zahn 51 gezogen worden.

Der Kläger führt seine Zahnschäden im Milchzahngebiß die hierdurch verursachten Schmerzen und Beeinträchtigungen auf den Genuß der Kinderteeprodukte der Beklagten zurück. Er hat der Beklagten vorgeworfen, es unterlassen zu haben, die von ihr vertriebenen Produkte mit hinreichenden Warnhinweisen zu versehen, welche geeignet gewesen wären, auch dem mit dem Produkt vertrauten Verbraucher die Gefahren vor Auge zu führen, welche sich aus einer Verabreichung als "Dauernuckel" ergeben könnten.

Die Beklagte hat behauptet, sie habe unmittelbar nach Kenntnis der Gefahren einer Verabreichung ihres Tees als "Dauernuckel" ihre Produkte mit Warnhinweisen in den Verkehr gegeben und ab 22. Dezember 1981 auch die bereits produzierten und ohne Warnhinweis versehenen Produkte mit einem Deckelaufkleber versehen, der folgenden Inhalt gehabt habe:

"Liebe Eltern, trinkt Ihr Kind den Tee noch aus der Flasche, halten Sie beim Füttern die Flasche immer selbst, überlassen Sie sie Ihrem Kind nicht als "Nuckelfläschchen". Häufiges oder andauerndes Umspülen der Zähne kann Karies verursachen. Nach dem abendlichen Zähneputzen sollte Ihr Kind nichts mehr zu sich nehmen. Ist Ihr Kind groß genug, lassen Sie es aus Becher oder Tasse trinken.

Ihre M. Mütterberatung".

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, vor Ende 1981 habe für sie keine besondere Hinweis- oder Warnpflicht bestanden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht den Anspruch des Klägers auf Zahlung eines Schmerzensgeldes dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, soweit die Schneidezähne im Oberkiefer des Klägers betroffen sind. Insoweit hat es auch der Feststellungsklage bezüglich des Schadensersatzes für künftige Schäden, Schmerzen und Leiden stattgegeben. Im übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen.

Mit ihrer (zugelassenen) Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils; der Kläger verfolgt mit seiner Revision seine abgewiesenen Ansprüche weiter.

Aus den Entscheidungsgründen:

I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ... ist die Beklagte gemäß §§ 823 Abs. 847 BGB verpflichtet, dem Kläger materiellen Schadensersatz und Schmerzensgeld für die Kariesschäden an seinen vier Schneidezähnen im Oberkiefer zu leisten, weil sie beim Inverkehrbringen ihres Produktes "M.-Kindertee-Kräutertee-Getränk" die den Warenhersteller treffende Instruktions- und Produktbeobachtungspflicht verletzt habe. Sachverständig beraten hat das Berufungsgericht festgestellt, die Schäden den vier Milchfrontzähnen im Oberkiefer des Klägers seien auf den ständigen Genuß des Tees der Beklagten zurückzuführen. Hinsichtlich der Schäden im Unterkiefer lasse sich dagegen keine Zuordnung treffen.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte habe die mit der Teeverabreichung im Wege des sog. Dauernuckelns über das von ihr vertriebene Nuckelfläschchen verbundenen Gefahren spätestens im Jahre 1979 erkennen können und schon damals durch deutliche Aufdrucke auf ihren Produkten davor warnen müssen. Wenn die Beklagte es versäumt habe, sich aus den ihr zugänglichen Quellen hinsichtlich dieser Gefahren sachkundig zu machen, dann habe sie ihre Produktbeobachtungspflicht verletzt. Soweit die Beklagte am November 1981 Warnhinweise gegeben habe, seien diese in dem entscheidenden Verabreichungszeitraum bis Dezember 198 nicht ausreichend gewesen. Die Mutter des Klägers würde deutliche Warnhinweise der Beklagten beachtet haben, so daß dann der Kariesschaden nicht eingetreten wäre.

II. Das Berufungsurteil hält gegenüber den Angriffen der beiden Revisionen einer rechtlichen Nachprüfung stand.

A. Revision der Beklagten

1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision der Beklagten gegen den Vorwurf des Berufungsgerichts, die Beklagte habe beim Inverkehrbringen ihrer Instant-Tee-Getränke jedenfalls in den Jahren 1979 bis Ende 1982 ihre Pflicht zur Instruktion der Verbraucher über die Verwendung der Tees mit der Saugerflasche verletzt. Die Anforderungen, die das Berufungsgericht an die Hinweispflicht der Beklagten stellt, finden entgegen der Ansicht der Revision eine Stütze in der Rechtsprechung des erkennenden Senats (vgl. Foerster, EWiR § 823 BGB 4/91, 565 unter 4).

a) Zutreffend hält das Berufungsgericht den Hersteller eines industriellen Erzeugnisses für verpflichtet, die Verbraucher vor denjenigen Gefahren zu warnen, die aus der Verwendung des Produkts entstehen können (Senatsurteil vom 7. Oktober 1986 - VI ZR 187/85 - Verzinkungsspray - VersR 1987, 102 f m.w.N.), soweit die Verwendung noch im Rahmen der allgemeinen Zweckbestimmung des Produkts liegt (Senatsurteil BGHZ 105, 346, 351 [Fischfutter]). Unter Umständen muß insoweit sogar vor einem naheliegenden Mißbrauch des Produktes gewarnt werden (Senatsurteil BGHZ 106, 273, 283 [Asthmaspray m.w.N.]). Die Pflicht des Herstellers zur Warnung entfällt nur, wenn und soweit er davon ausgehen kann, daß sein Produkt nur in die Hand von Personen gelangt, die mit den Produktgefahren vertraut sind (Senatsurteil vom 4. Februar 1986 - VI ZR 179/84 - Überrollbügel - VersR 1986, 653). Dies gilt auch für die Warnungen vor unsachgemäßem Gebrauch (vgl. Senatsurteil vom 17. Mai 1957 - VI ZR 120/56 Gelenkwellenschutz - VersR 1957, 584, 585; Kullmann/Pfister Produzentenhaftung, Kennzahl 1520 [Bearbeitung VIII/80], S. 39).

b) Entgegen der Ansicht der Revision ergab sich nach diesen Rechtsgrundsätzen, die von der Revision als solche nicht in Frage gestellt werden, auch im Streitfall eine Warnpflicht der Beklagten bezüglich der Gefahren, die Säuglingen und Kleinkindern durch Dauernuckeln von gesüßtem Kindertee über ihre Saugflasche drohen konnten.

Aufgrund des unstreitigen Sachverhalts in Verbindung den Feststellungen des Berufungsgerichtes ist - was auch die Revision nicht angreift - davon auszugehen, daß bei der Verabreichung von zuckerhaltigen Kinderteeprodukten an Säuglinge und Kleinkinder aus der Saugflasche über die moderne kieferorthopädisch geformten Sauger (anstelle der älteren Schnuller mit großem Loch) der Strahl des Getränkes an die Rückseite der Oberkieferfrontzähne gerät, wo kaum Speichelfluß stattfindet, der durch seine Spülwirkung die Zähne schützen kann, und daß bei längerer Einwirkung vor allem an diesen Zähnen Karies entsteht; dies insbesondere dann, wenn die Kinder diese Getränke, wozu die leichte Plastikflasche verleitet, als "Dauernuckel" vor dem Schlafengehen oder so während der Nacht zu sich nehmen, zu einer Zeit also, zu der der schützende Speichelfluß ohnehin noch wesentlich gering als am Tage ist. Diese Schädigung wird als BABY-BOTTLE SYNDROM oder NURSING-BOTTLE-SYNDROM bezeichnet.

Bei dieser Verwendung handelte es sich um einen noch im Rahmen der allgemeinen Zweckbestimmung von Flasche und Tee liegenden Gebrauch. Die Anforderungen an die Instruktionspflicht der Beklagten können auch nicht etwa deshalb herabgesetzt werden, weil der Kläger einer "übermäßigen" und deshalb nicht mehr bestimmungsgemäßen Anwendung des Kindertees und der Saugflasche ausgesetzt wurde. Die Beklagte hatte in ihren Gebrauchsanleitungen keine Mengenbegrenzungen vorgesehen. Im Gegenteil hatte sie auf den Banderolen ihrer Teeverpackungen sogar darauf hingewiesen, ihr Tee solle u.a. für eine ungestörte Nachtruhe und schmecke den Kindern zur Abendmahlzeit und vor dem Schlafengehen als "Gute-Nacht-Trunk". Das alles bedeute für die Mutter Sicherheit bei der Ernährung des Kindes. Diese Angaben der Beklagten über die positiven Eigenschaften ihrer Tees konnten bei den Eltern, die ihren Kindern den Tee in der Saugflasche zum Dauernuckeln überließen, etwa aufkommenden Bedenken gegen solche Verwendung entgegenwirken, zumal sich die "kleine Teeflasche" wegen ihres geringen Gewichts zur Überlassung an das Kind geradezu anbot. Bei diesem Dauernuckeln an der von der Beklagten vertriebenen "kleinen Teeflasche" mit ihren aromatischen Zuckertees tagsüber und als Einschlafhilfe handelt es sich daher um einen naheliegenden Fehlgebrauch, vor dessen gesundheitlichen Folgen die Beklagte grundsätzlich bei Inverkehrbringen des Tees warnen mußte (vgl. Brüggemeier, ZIP 1991, 379). Die Beklagte konnte sich nicht damit beruhigen, daß den Eltern die Gefahren, die mit der Überlassung dieser Flaschen an die Säuglinge vor dem Einschlafen und während der Nacht verbunden waren, bekannt sein mußten, zumal die Gefahren u.a. auch auf der besonderen dem Laien verborgenen Wirkungsweise des kieferorthopädisch geformten Saugers beruhten und selbst die Revision vorträgt, die Gefahren der Teeverabreichung über den "Dauernuckel" seien vor der ersten Veröffentlichung von Prof. Dr. Wetzel im September 1981 völlig unbekannt gewesen.

c) Das Berufungsgericht nimmt auch rechtsfehlerfrei an, die Beklagte habe ihrer Warnpflicht nicht genügt.

aa) Das ist selbstverständlich für die Zeit bis Ende November 1981, weil bis zu diesem Zeitpunkt weder auf den Verpackungen der Kinderteeprodukte noch der Saugflasche diesbezügliche Warnhinweise abgedruckt waren.

bb) Der erkennende Senat folgt dem Berufungsgericht a auch darin, daß die ab November 1981 bzw. in nur geringfügig veränderter Form ab Dezember 1981 verwendeten Packungsaufdrucke nicht den Anforderungen an Form und Inhalt eines aus reichenden Warnhinweises genügten. Das Berufungsgericht hebt mit Recht hervor, daß an die Pflicht zur Aufklärung und Warnung besonders strenge Anforderungen zu stellen sind, wenn die Verwendung des Produkts mit erheblichen Gefahren für die Gesundheit von Menschen verbunden ist. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats müssen in solchen Fällen wichtige Hinweise über Produktgefahren und deren Abwendung deutlich erfolgen; sie dürfen z.B. nicht zwischen Teilinformationen über Darreichungsformen, Werbeaussagen usw. versteckt werden (BGHZ 99, 167, 181 [Motorradlenker - Verkleidung] m.w.N.). Inhaltlich müssen die Hinweise so abgefaßt sein, daß darin die bestehenden Gefahren für das Verständnis des Verbrauchers plausibel werden. Das wird nur erreicht, wenn die Art der drohenden Gefahr deutlich heraus gestellt wird, damit der Produktverwender sie nicht erst durch eigenes Nachdenken, möglicherweise erst aufgrund von Rückschlüssen voll erfassen kann (vgl. OLG Karlsruhe, VersR 1984, 544 mit Nichtannahmebeschluß des erkennenden Senats v 24. Februar 1983 - VI ZR 87/82). Damit die Warnung als berechtigt verstanden wird, müssen in dem Warnhinweis jeden falls in den Fällen, in denen erhebliche Körper- oder Gesundheitsschäden durch eine Fehlanwendung des Produkts entstehen können, auch die Funktionszusammenhänge klar gemacht werden, so daß erkennbar wird, warum das Produkt gefährlich ist (vgl. Zinkann, Die Reduzierung der Produkthaftungsrisiken, 1989, S. 97).

Eine solche Verdeutlichung ist besonders dann erforderlich, wenn durch die Werbung der Vorstellung, das Produkt könne in dieser Weise gefährlich werden, entgegengewirkt wird. Es liegt kein Rechtsfehler darin, wenn das Berufungsgericht annimmt, daß die Beklagte mit den auf den Banderolen mit dem Druckdatum 11.81 enthaltenen Hinweisen ihrer Warnpflicht nicht genügt hat. Darin war zwar erwähnt, die Flasche solle dem Kind nicht als Nuckelfläschchen überlassen werde und häufiges oder andauerndes Umspülen der Zähne, z.B. vor dem Einschlafen, könne Karies verursachen. Das Berufungsgericht stellt aber mit Recht darauf ab, daß diese Warnungen schon nicht deutlich genug hervorgehoben waren, weil sie, ohne sie als Warnung besonders herauszustellen, im Rahmen der Zubereitungshinweise gegeben wurden (vgl. auch Brügge meier, ZIP 1991, 379). Dem steht nicht entgegen, wie die Revision meint, daß die Zubereitungshinweise nur insgesamt sechs Zeilen umfaßt haben und vier davon auf die Warnhinweise entfielen. Die Beklagte mußte nämlich damit rechnen, daß mit ihrem Produkt bereits vertraute Benutzer, wie die Mutter des Klägers, schon wußten, wie der Tee zubereitet wurde, und daß diese daher ohne einen deutlich herausgestellten Hinweis keine Veranlassung hatten, die Zubereitungshinweise erneut und



besonders aufmerksam zu lesen und damit Kenntnis von der Warnung zu nehmen. Diese Benutzer mußten nicht auf den Gedanken kommen, daß unter der Überschrift "Zubereitung" wichtige Warnhinweise abgedruckt sind, die zu beachten waren.

cc) Auch die ähnlichen Hinweise, die in der von der Beklagten ab 30. November 1981 in zwei Auflagen mit insgesamt 700.000 Exemplaren verteilten Broschüre "Mütter fragen - M. antwortet" enthalten waren, mußte das Berufungsgericht nicht als ausreichenden Warnhinweis ansehen. Es hat zutreffend darauf abgehoben, daß die Hinweise sich erst auf S. 5 der 7-seitigen Broschüre versteckt inmitten eines graphisch unübersichtlich gestalteten Fließtextes befinden. Jedenfalls der mit dem Produkt vertraute Verbraucher mußte sie in dies Zusammenhang nicht vermuten. Dasselbe gilt für die ab 17. Dezember 1981 eingesetzten Merkblätter. Der erst am Schluß dieser Information enthaltene und auf die Verwendung der mit Tee gefüllten Fläschchen als "Dauer-Beruhigungssauger" zielende Warnhinweis war, wie das Berufungsgericht ebenfalls rechtlich einwandfrei darlegt, infolge seiner unauffälligen graphischen und drucktechnischen Gestaltung nicht geeignet, vom flüchtigen Verbraucher, der die Produkte der Beklagten kennt, zur Kenntnis genommen zu werden.

dd) Gegenüber den Eltern des Klägers erfüllte die Beklagte ihre Warnpflichten auch noch nicht durch die erstmals mit Druckdatum 12.82 in Verkehr gebrachten Banderolen-Texte, in denen ebenfalls innerhalb des Fließtextes, aber in einem mit dünnen schwarzen Strichen umrandeten Kasten und unter der Überschrift "Wichtige Hinweise" darauf hingewiesen wurde, die Flasche solle dem Kind nicht als Nuckelfläschchen überlassen werden; häufiges oder andauerndes Umspülen der Zähne, z.B. vor dem Schlafengehen, könne Karies verursachen; nach der abendlichen Zahnpflege solle grundsätzlich nichts Süßes mehr gegessen oder getrunken werden. Es kann mit dem Berufungsgericht im Streitfalle unentschieden bleiben, ob diese Warnung, die an sprachlicher Deutlichkeit hinter dem Warnhinweis zurückbleibt, den das Bundesgesundheitsamt durch Verfügung vom 15. April 1985 (BGesundhBl. 1985, 189) für kohlenhydrathaltige Kindertees, die zugleich zugelassene Arzneimittel sind, vorgeschrieben hat (vgl. Pietzko, EWIR § 823 BGB 3/91, 563), gegenüber denjenigen Verwendern ausreichend war, die erstmals den Tee für ihre Kleinkinder zubereiteten (bejahend insoweit OLG Stuttgart ZIP 1991, 380 mit kritischer Anmerkung von Pietz aaO), oder ob auch darin, wie der Kläger in seiner Revisionserwiderung vorgetragen hat, die Gefahren noch nicht deutlich genug herausgestellt wurden. Zutreffend weist das Berufungsgericht darauf hin, daß sich jedenfalls für den mit dem Produkt vertrauten Verbraucher daraus keine so signifikanten Veränderungen ergaben, daß er veranlaßt wurde, den gesamten Verpackungstext einer erneuten eingehenden Überprüfung zu unterziehen. Die Beklagte konnte, da die graphische Gestaltung und die farbliche Aufmachung der Verpackung unverändert geblieben ist, nicht damit rechnen, daß Dauerkunden, welche - wie die Mutter des Klägers - das Produkt schon längere Zeit verwendeten, die jetzt etwas deutlicher als auf dem seit

November 1981 verwendeten Text erfolgte Warnung zur Kenntnis nahmen (vgl. Pietzko, aaO), zumal die ebenfalls von ihr verbreitete Flasche, mag sie auch für andere Getränke verwendbar sein, einen entsprechenden Warnhinweis nicht enthielt.

2. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht auch ein Verschulden der Beklagten bejaht.

a) Es hat dazu aufgrund der von dem Kläger vorgelegte Kopie eines in der Schweizerischen Ärztezeitung veröffentlichten Aufsatzes über "Kindertee und Nuckelflasche" festgestellt, daß das NURSING-BOTTLE-SYNDROM bereits im Jahre 1971 als extremes Beispiel für die verheerende Wirkung des protrahierten Zuckerkontaktes auf die Zähne beschrieben worden ist. Daraus leitet es ein Verschulden der Beklagten auch für den Zeitraum vom Jahre 1979 bis zu der Veröffentlichung der Untersuchungen von Prof. Dr. Wetzel über die Zuckertee-Karies ab, weil es meint, die Beklagte sei als einer der führenden Kinderteeproduzenten der Bundesrepublik Deutschland verpflichtet gewesen, sich aus dieser und anderer Quellen über die Schädlichkeit zuckerhaltiger Getränke sachkundig zu machen.

Es mag dahinstehen, ob ein Kinderteehersteller verpflichtet ist, dafür zu sorgen, daß ihm schnellstmöglich alle Berichte in zahnmedizinischen Fachzeitschriften - ggf. auch aus dem Ausland über klinische Untersuchungs- und Forschungsergebnisse hinsichtlich Kariesentstehung zugänglich werden.

Für die Bejahung eines Verschuldens der Beklagten kommt es nämlich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht entscheidend darauf an, ob die Beklagte sich im Jahre 1971 unter Verletzung ihrer Produktbeobachtungspflicht nicht aus der vom Berufungsgericht erwähnten Quelle hinsichtlich der Gefahren durch Verabreichung ihrer Kinderteeprodukte im Wege des Dauernuckelns sachkundig gemacht hat. Die Beklagte mußte als Herstellerin von zuckerhaltigen Teeprodukten für Säuglinge schon im Hinblick darauf, daß sie deren Verwendung in der "kleinen Teeflasche" empfohlen hatte und ihr auch nicht verborgen bleiben konnte, daß bei den modernen Saugern der Strahl des Getränkes an die Rückseite der Oberkieferfrontzähne gerät, selbst prüfen, welche Gefahren der erfolgende Teegenuß für das Gebiß der Kleinkinder hatte. Hierzu war sie vor allem auch deshalb verpflichtet, da sie auf den Bändern besonders auf die Sicherheit der Mutter bei der Ernährung Kindes mit ihren Tees hingewiesen hatte. Da die Beklagte auf den Tee als "Gute-Nacht-Trunk vor dem Schlafengehen" empfohlen und darauf hingewiesen hatte, ihr Tee sei wohltuend und so für Zufriedenheit und ungestörte Nachtruhe, mußte es sich den Verantwortlichen der Beklagten auch aufdrängen, daß ihr Tee Kleinkindern auch noch abends nach dem Zähneputzen und auch zum Dauernuckeln in der Abend- und Nachtzeit überlassen wurde. Hätte die Beklagte diese Teeverwendung in ihre Prüfung einbezogen, dann hätte sie als Fachunternehmen für Säuglingsnahrung diese Gefahren erkennen müssen, bevor

die Zahnmedizin durch die an sie herangetragenen Fälle auf das Baby-Bottle-Syndrom aufmerksam wurde.

b) Selbst wenn wie hier diese greifbaren Anhaltspunkte für ein schuldhaftes Verhalten der Beklagten nicht vorhanden wären, hätte das Berufungsgericht davon ausgehen können, da der Beklagten bei der Verletzung ihrer Warnpflichten Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Im Streitfall stand nämlich fest, daß die Beklagte ihr Produkt mit Instruktionsfehlern in den Verkehr gegeben hat, und zwar zumindest von dem Zeitpunkt an, von dem die Eltern des Klägers im Jahre 1979 ihre Teeprodukte verwendet haben. Produkthaftungsprozeß ist damit aber gleichzeitig davon auszugehen, daß ein solcher Instruktionsmangel auf dem Verschulden des Herstellers beruht, wenn der Beklagte nicht den Beweis führt, daß ihn kein Verschulden trifft. Diese Beweislastumkehr hat der erkennende Senat zunächst für den Fall Fabrikationsfehlers entwickelt (Senatsurteil BGHZ 51, 91 [Hühnerpest]). In späteren Entscheidungen sind diese Grundsätze sodann auf Konstruktionsfehler ausgedehnt worden (vgl. BGHZ 67, 359, 361 [Schwimmerschalter]). Bezüglich eines Instruktionsfehlers hat der erkennende Senat allerdings entschieden (BGHZ 80, 186, 195 ff [Apfelschorf - Derosal]) daß eine Beweislastumkehr zu Lasten des Herstellers dann nicht erfolgt, wenn feststeht, daß dem Hersteller für den Zeitpunkt des Inverkehrbringens seines Produktes keine unzureichende Instruktion anzulasten ist, daß der Produktgeschädigte ihm vielmehr nur einen erst nach neueren Erkenntnissen aufgedeckten Instruktionsfehler vorwerfen kann. Noch nicht ausdrücklich entschieden ist vom Bundesgerichtshof bisher die Beweislastfrage für Fallgestaltungen bei denen offen ist, ob der Hersteller nicht schon bei der Inverkehrgabe des Produktes nach dem damaligen Erkenntnisstand Anlaß zu Warnungen, Verwendungshinweisen und dergl. hatte.

Im Schrifttum ist aus der Entscheidung des Senats in BGHZ 80, 186, 195 teilweise entnommen worden, der Senat hat die Auffassung vertreten, daß der Geschädigte grundsätzlich bei allen Instruktionsmängeln ein Verschulden des Herstellers nachzuweisen habe (vgl. Baumgärtel, JA 1984, 660, 668; 19 - Soergel/Zöllner, BGB, § 823, Rdn. 147; neuerdings Bayer, V 1991, 161, 165), wenn dies auch nicht immer für richtig gehalten worden ist (vgl. z.B. Rolland, Produkthaftungsrecht Teil 2, Rdn. 122 [S. 376]). Indes hat der erkennende Senat wie schon der Wortlaut der Entscheidung ausweist, seine Ausführungen zur Beweislastumkehr auf den dort allein fraglichen Verstoß gegen eine erst nachträglich entstandene Warnpflicht beschränkt (vgl. auch Foerste, Produkthaftungshandbuch, Bd. 1, § 30, Rdn. 76). Bezüglich des bei Inverkehrgabe des Produktes begangenen Instruktionsfehlers kann nichts anderes gelten wie bezüglich der Fabrikations- und Konstruktionsfehler. Auch insoweit hat der Geschädigte lediglich den Beweis zu führen, daß eine Instruktion des Verbrauchers nötig war. Es ist dann Sache des Herstellers, entsprechende Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, woraus sich ergibt, daß die Gefahren für nicht erkennbar waren, ihn also kein Verschulden trifft

(vgl. Rolland, aaO; Brüggemeier, ZIP 1991, 379 f). Die hat Beklagte diesen Beweis nicht führen können.

3. Erfolglos greift die Revision das Berufungsurteil auch insoweit an, als darin ein Ursachenzusammenhang zwischen dem Unterlassen von Warnhinweisen und der Verabreichung de Tees sowie zwischen dieser und den Schäden an den Oberkieferschneidezähnen des Klägers festgestellt wird.

Das Berufungsgericht geht unter Bezugnahme auf das Urteil des erkennenden Senats vom 24. Januar 1989 (VI ZR 112/88 - BGHZ 106, 273, 284 - Asthaspray) ersichtlich davon aus, daß die Beweislast dafür, daß die Schäden durch eine ausreichende Warnung vor dem Risiko vermieden worden wären, den Kläger trifft. Hieran hält der Senat fest. Doch kann eine tatsächliche Vermutung dafür bestehen, daß dann, wenn auf bestimmte Gefahren deutlich und für den Adressaten plausibel hingewiesen worden ist, dies auch beachtet worden wäre (vgl. Senatsentscheidung Urteil vom 18. Oktober 1988 VI ZR 94/88 - VersR 1989, 155, 157 = JZ 1989, 249 mit Anm. v. Bar [Baggersee]). Der Warnpflichtige kann diese Vermutung dann entkräften.

Das Berufungsgericht hält den Kausalitätsbeweis verfahrensfehlerfrei für geführt. Die Rüge, das Berufungsgericht habe dabei wesentlichen Prozeßstoff unberücksichtigt gelassen ist nicht begründet. Der Senat sieht gemäß § 565 a ZPO davon ab, dies im einzelnen darzulegen.

Für die Feststellung des Ursachenzusammenhangs zwischen der Teeverabreichung und der Kariesentstehung an den Zähnen des Klägers durfte das Berufungsgericht das Gutachten von Prof. Dr. Wetzel im Wege des Urkundenbeweises verwerten, da dieser in dem auf Antrag des Klägers und seiner Eltern durchgeführten Beweissicherungsverfahren am 25. Oktober 198 erstattet hat ....

4. Rechtlich unbedenklich sind weiterhin die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Nichtberücksichtigung eines Mitverschuldens der Mutter des Klägers (wird ausgeführt).

### *iii. Produktbeobachtungspflicht*

Für die Produktbeobachtungspflicht sowohl des Herstellers wie seiner Vertriebsgesellschaft interessant ist die Honda-Entscheidung des BGH:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 09.12.1986, Az: VI ZR 65/86

Leitsatz

1. Der in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Vertriebsgesellschaft eines ausländischen Herstellers obliegen regelmäßig, jedenfalls wenn sie dessen einziger Repräsentant auf dem deutschen Markt ist, bezüglich der von ihr vertriebenen

Produkte Produktbeobachtungspflichten und damit die aus der Produktbeobachtung etwa folgenden zusätzlichen Instruktionspflichten.

2. Eine Pflicht zur Produktbeobachtung kann den Hersteller (und dessen Vertriebsgesellschaft) auch treffen, um rechtzeitig Gefahren aufzudecken, die aus der Kombinierung seines Produkts mit Produkten anderer Hersteller entstehen können, und ihnen entgegenzuwirken.

Fundstelle: BB 1987, 717-721; NJW 1987, 1009-1012

Tatbestand

Die Kläger verlangen als Erben ihres verstorbenen Sohnes von dem beklagten Motorradhersteller und dessen Vertriebsgesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland Schadensersatz.

Der Sohn der Kläger befuhr am 19. Juli 1978 mit einem von der Erstbeklagten hergestellten und von der Zweitbeklagten in Verkehr gebrachten Motorrad H. GL 1000 "Goldwing" zur Mittagszeit bei trockenem Wetter die Autobahn Nürnberg-München in südlicher Richtung mit einer Geschwindigkeit von 140-150 km/h. Am Auslauf einer leicht abschüssigen Rechtskurve kam die Maschine ohne Einwirkung Dritter ins Schleudern und prallte seitlich gegen die Mittelleitplanke. Der Fahrer stürzte vom Motorrad, schlug mit dem Kopf gegen einen Stützpfiler der Leitplanke und erlitt dabei einen Schädelbruch; er verstarb noch an der Unfallstelle.

Das Motorrad war erstmals am 14. April 1976 zugelassen worden. Der Getötete hatte es aus zweiter Hand gebraucht gekauft. Der Voreigentümer hatte daran eine von der K.-Kraftfahrzeug-Zubehör-Vertriebs GmbH hergestellte Lenkerverkleidung, Typ "Cockpit" anbringen lassen. Für diesen Typ der Lenkerverkleidung, den es zur Zeit der Herstellung des Motorrades noch nicht gab, hatte der TÜV Bayern einen Prüfbericht vom 20. Juni 1977 und zwei Ergänzungen vom 8. November 1977 und 31. Oktober 1979 erstellt.

Am 16. Juni 1978 hatte der ADAC Vertretern der Beklagten einen Film vorgeführt, der Pendelerscheinungen der mit einer Verkleidung ausgerüsteten H. GL 1000 zeigte. Unverzüglich danach angestellte Versuche der Beklagten führten bei ihnen zu der Erkenntnis, daß durch die Verkleidung die Stabilität des Motorrades bei hohen Geschwindigkeiten vermindert wird. Die Versuche ergaben aber keine unbeherrschbaren oder gefährlichen Fahrzustände. Am Tag vor dem Unfall des Sohnes der Kläger hatte die Zweitbeklagte an alle ihre Vertragshändler ein Schreiben gerichtet und sie darin darauf hingewiesen, daß ihr bezüglich des Motorrades GL 1000 verschiedene Reklamationen über unstabiles Fahrverhalten zugegangen seien; in fast allen Fällen habe sie jedoch festgestellt, daß die jeweiligen Motorräder mit Zubehör, insbesondere Halbschalenverkleidungen, ausgerüstet gewesen seien. Gleichzeitig hatte sie jeden ihr bekannten GL-1000-Fahrer persönlich angeschrieben und in dem Schreiben darauf hingewiesen, daß

verschiedene Umstände das Fahrverhalten im Hochgeschwindigkeitsbereich erheblich beeinträchtigen könnten; so könne die Verwendung von nichtserienmäßigem Zubehör, insbesondere von Verkleidungen, die Bodenhaftung des Vorderrades um bis zu einem Drittel der Gesamtbodenhaftung des Motorrades verringern. Den Sohn der Kläger erreichte dieses Schreiben nicht mehr.

Die Kläger haben behauptet, Ursache des Unfalles sei ein Konstruktionsfehler gewesen, da bei hoher Geschwindigkeit ein von dem Fahrer nicht zu beherrschendes Pendeln eintrete. Sie haben darüberhinaus die Auffassung vertreten, die Beklagten hafteten auch dann auf Schadensersatz, wenn das Aufschaukeln des Motorrades durch die Lenkerverkleidung verursacht worden sein sollte, da die Beklagten dann unter Verletzung ihrer Produktbeobachtungspflicht die Fahrer der GL 1000 nicht rechtzeitig davor gewarnt hätten.

Die Kläger haben mit ihrer Klage von den Beklagten Ersatz der Reparaturkosten des Motorrades und der Beerdigungskosten von insgesamt 13.030,33 DM sowie für jeden von ihnen ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld verlangt.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer (zugelassenen) Revision verfolgen die Kläger ihre Klageansprüche weiter.

#### Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht stellt aufgrund des bereits vom Landgericht eingeholten Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. B. fest, daß etwaige Konstruktions- oder Fabrikationsmängel des Motorrades nicht ursächlich für den Unfall gewesen seien, sondern eine Verminderung der Fahrstabilität durch den Anbau der Lenkerverkleidung. Bei höheren Geschwindigkeiten sei es dadurch nämlich zum Pendeln und zu völliger Destabilisierung des Motorrades gekommen. Die Firma K. habe die Lenkerverkleidung selbständig entwickelt, hergestellt und auf den Markt gebracht. Die Beklagten hätten diese nicht als Zubehör zu ihren Motorrädern empfohlen. Auch sei die Werbung der Firma K. in Katalogen und auf Ausstellungen nicht mit den Beklagten abgesprochen gewesen. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagten hätten weder ihre Instruktionspflichten noch ihre Produktbeobachtungspflichten verletzt. Im Zeitpunkt der Auslieferung des Motorrades sei eine spezielle Warnung vor der K.-Verkleidung nicht in Betracht gekommen, weil sie damals noch gar nicht entwickelt gewesen sei. Ein Anlaß zu Warnungen allgemeiner Art vor Lenkerverkleidungen fremder Hersteller sei nicht erkennbar. Die Kläger hätten auch nicht den Nachweis erbracht, daß vor dem Unfall ihres Sohnes für die Beklagten ein konkreter, zu einer Überprüfung zwingender Anlaß für die Annahme bestanden habe, die Anbringung einer K.-Verkleidung könne zur Instabilität des Krafttrades führen. Wenn es auch im Jahre 1977 allgemein bekannt gewesen sei, daß Zubehörteile generell zu negativen Erscheinungen führen könnten, so hätte das

noch nicht die Verpflichtung zur Überprüfung fremden Zubehörs begründet, das erst nach der Inverkehrgabe des Motorrades auf den Markt gekommen und für das eine allgemeine Betriebserlaubnis erteilt worden sei.

II. Das Berufungsurteil hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Rechtsfehlerfrei ist allerdings die Feststellung des Berufungsgerichts getroffen, etwaige Konstruktions- oder Fabrikationsfehler des von dem Sohn der Kläger benutzten Motorrades seien nicht Ursache des tödlichen Unfalles gewesen. Auch die Revision wendet sich hiergegen nicht.

2. Der erkennende Senat vermag dem Berufungsgericht jedoch nicht darin zu folgen, daß aufgrund der bisher getroffenen tatsächlichen Feststellungen schon davon ausgegangen werden kann, die Beklagten hätten ihre Warn- und Hinweispflicht bezüglich der Gefahr von Lenkerverkleidungen nicht verletzt.

a) Rechtlich nicht angreifbar sind allerdings die diesbezüglichen Ausgangserwägungen des Berufungsgerichts.

aa) Zutreffend hält das Berufungsgericht ersichtlich auch die Zweitbeklagte, die lediglich den Vertrieb in Deutschland einschließlich der Umrüstung der Motorräder entsprechend den deutschen Zulassungsvorschriften besorgt, zu Warnungen der Erwerber und Benutzer der von der Erstbeklagten hergestellten Motorräder über Gefahren für verpflichtet, die bei deren Gebrauch entstehen können. Die inländische Vertriebsgesellschaft eines ausländischen Herstellers haftet zwar grundsätzlich nicht für Schäden, die durch Konstruktions- oder Fabrikationsfehler verursacht worden sind (OLG Celle, VersR 1981, 464; OLG Oldenburg in: Schmidt-Salzer, Entscheidungssammlung Produkthaftung Bd. II, Nr. II.39, bestätigt durch Senatsbeschluß vom 8. Februar 1977 - VI ZR 86/75 - nach dem BGH- Entlastungsgesetz). Eigene Gefahrabwendungspflichten können für eine Vertriebsgesellschaft jedoch aufgrund "besonderer Umstände" entstehen (allgemein zur Haftung mit dem Hersteller rechtlich und wirtschaftlich eng verbundener Vertriebsgesellschaften: Senatsurteil vom 5. Mai 1981 - VI ZR 280/79 - Asbestzement-Platten - VersR 1981, 779). Das kann bezüglich der Instruktionspflichten der Fall sein, wenn ihre Muttergesellschaft, der ausländische Hersteller, sie mit der Produktinformation der Erwerber und Vertragshändler beauftragt. Regelmäßig obliegen ihr auch - jedenfalls wenn sie als der einzige Repräsentant des ausländischen Herstellers auf dem deutschen Markt in Erscheinung tritt - bezüglich der von ihr vertriebenen Produkte Produktbeobachtungspflichten (vgl. Kullmann/Pfister, Produzentenhaftung, Kennzahl 1520, S. 70), und damit auch die aus der Produktbeobachtung etwa folgenden zusätzlichen Instruktionspflichten.

bb) Rechtlich nicht zu beanstanden ist ferner, daß das Berufungsgericht von den Beklagten nicht verlangt hat, bereits beim Inverkehrbringen des Motorrades, auf dem der Sohn des Klägers einen Unfall erlitt, vor dem Anbringen von

Lenkerverkleidungen oder ganz allgemein vor dem Anbau von Zubehör zu warnen.

Eine spezielle Warnung vor der K.-Verkleidung kam, wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, nicht in Betracht, weil diese damals überhaupt noch nicht entwickelt war bzw. noch nicht vertrieben wurde. Das hätte zwar nicht ausgeschlossen, generell vor dem Anbringen von nicht von den Beklagten ausdrücklich empfohlenen Lenkerverkleidungen bzw. vor ihrer Verwendung bei hohen Geschwindigkeiten zu warnen. Eine Verpflichtung hierzu konnte das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei jedoch schon deshalb verneinen, weil es nicht feststellen konnte, daß von den Beklagten damals schon die mögliche Beeinträchtigung der Fahrstabilität durch Lenkerverkleidungen erkannt worden war. Die Revision greift das nicht an.

b) Zu Recht wendet sich die Revision jedoch dagegen, daß das Berufungsgericht die Grenzen der Produktbeobachtungspflicht des Herstellers bzw. einer in der Bundesrepublik ansässigen Vertriebsgesellschaft des Herstellers und der aus der Produktbeobachtung folgenden Instruktionspflicht in Bezug auf das auf den Markt kommende Kraftfahrzeug-Zubehör zu eng zieht.

aa) Eine Pflicht zur Produktbeobachtung hat der erkennende Senat zwar bisher ausdrücklich nur dem Warenhersteller bezüglich seiner eigenen Produkte auferlegt (BGHZ 80, 199, 202 - Apfelschorf). Eine solche Pflicht kann, wie das Berufungsgericht nicht verkennt, den Hersteller aber auch treffen, um rechtzeitig Gefahren, die aus der Kombination seines Produkts mit Produkten anderer Hersteller entstehen können, aufzudecken und ihnen zu steuern. Der pharmazeutische Unternehmer, der Arzneimittel in den Verkehr bringt, ist sogar gesetzlich verpflichtet, in der Packungsbeilage und in der vom 1. Februar 1987 an zur Verfügung zu stellenden Fachinformation auf Wechselwirkungen mit anderen Mitteln hinzuweisen (§ 11 Abs. 1 Nr. 7 und § 11 a Abs. 1 Nr. 7 AMG). Der Hersteller eines medizinisch-technischen Gerätes hat gemäß § 4 Abs. 1 der MedGV eine Gebrauchsanweisung mitzuliefern, in der u.a. die notwendigen Angaben über Kombinationsmöglichkeiten mit anderen Geräten enthalten sind. Diese Unternehmer müssen schon im Hinblick auf jene ausdrücklich angeordneten Instruktionspflichten ihre Produktbeobachtung auf die gleichzeitige Verwendung bzw. Kombination mit anderen Produkten erstrecken.

Aber auch Hersteller anderer Produkte können nicht grundsätzlich von einer dahingehenden Produktbeobachtung freigestellt werden. Das gilt auch für Kraftfahrzeughersteller. Zwar ist in erster Linie der Hersteller von Zusatzgeräten oder zusätzlichen Ausstattungsgegenständen zu der Prüfung verpflichtet, ob sie ihrer Bestimmung gemäß auch gefahrlos verwendet werden können; auch bei der Produktbeobachtung hat er sein besonderes Augenmerk hierauf zu richten. Da etwaige Gefahren aber auch durch das Produkt hervorgerufen werden können, das durch eine derartige zusätzliche Ausstattung ergänzt oder mit ihr kombiniert wird,



können auch für dessen Hersteller im Hinblick auf diese Gefahren Verkehrssicherungspflichten bestehen.

bb) Das Berufungsgericht verlangt andererseits mit Recht nicht von jedem Hersteller, generell die Auswirkungen fremder Erzeugnisse auf das eigene Produkt zu überprüfen. Hierin liegt entgegen der Auffassung der Revision noch keine unzulässige Einengung der Überwachungspflichten. Bezüglich der eigenen Produkte kann die Pflicht des Herstellers zur Produktbeobachtung allerdings nicht auf solche beschränkt werden, bei denen begründeter Anlaß zu der Annahme besteht, daß sie Gefahren für die in § 823 Abs. 1 BGB erwähnten Rechtsgüter herbeiführen (so auch das von den Beklagten vorgelegte Rechtsgutachten unter Bezugnahme auf Kullmann/Pfister aaO, Kennzahl 1520, S. 51). Die Pflicht zur Beobachtung fremder Produkte im Hinblick auf etwaige Gefahren aus der Kombination mit eigenen Produkten, insbesondere die Pflicht zur Überprüfung, muß jedoch weiter eingeschränkt werden. Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat für die vertragliche Haftung den Hersteller eines Pflanzenschutzmittels im Hinblick auf die Vielzahl der auf dem Markt befindlichen und ständig neu in den Handel kommenden anderen Pflanzenschutzmittel verschiedenartiger chemischer Zusammensetzung und Zweckbestimmung und ihrer unterschiedlichen Wirkung in ihrer jeweiligen Kombination auf einzelne Pflanzensorten - von Ausnahmen abgesehen - nicht für verpflichtet gehalten, ohne besonderen Anlaß jedes einzelne Mittel eines anderen Herstellers durch Versuche auf die Verträglichkeit mit dem eigenen Produkt zu überprüfen (Urteil vom 29. Juni 1977 - VIII ZR 309/75 - VersR 1977, 918, 920). Da der Warenhersteller insoweit seinem Vertragspartner gegenüber grundsätzlich keine geringere Sorgfalt schuldet, als er deliktisch jedem Dritten gegenüber zu erfüllen hat (vgl. Messer in Kullmann/Pfister, aaO, Kennzahl 1426, S. 9), muß diese Zumutbarkeitsschranke auch im Rahmen der Deliktshaftung gelten, und zwar jedenfalls für alle Hersteller, für deren Produkte eine Vielzahl von Zubehör- und Kombinationsprodukten mit unterschiedlichen Wirkungen durch andere Unternehmen angeboten wird. Es ginge, worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist, über die tatsächlichen Möglichkeiten eines Herstellers hinaus, alle diese Erzeugnisse in ihrer Wirkung auf das eigene Produkt überprüfen zu lassen.

cc) Das Berufungsgericht schränkt aber den Kreis der Fälle, in denen der Hersteller ausnahmsweise die Bewährung seines Produktes in der Praxis auch daraufhin beobachten und überprüfen muß, ob es zusammen mit Zubehör- und Kombinationsprodukten anderer Hersteller gefahrlos verwendet werden kann, zu stark ein. Es erlegt ihm diese Überprüfungs- und Überwachungspflicht nur auf bezüglich des von ihm selbst empfohlenen Zubehörs, sowie für fremdes Zubehör dann, wenn es nicht in völlig unbedeutender Zahl auf den Markt kommt und zudem ein konkreter Anlaß zu der Annahme besteht, daß durch Anbringung von Zubehör gerade eines bestimmten Herstellers (hier: der Lenkerverkleidung der K.-

Kraftfahrzeug-Zubehör-Vertriebs-GmbH) an dem eigenen Produkt eine Gefahrenlage entstehen kann. Das ist zu eng.

Der Hersteller eines Motorrades (oder eines anderen maschinell betriebenen Gerätes) hat, wie auch die Beklagten in diesem Rechtsstreit eingeräumt haben, eine Sicherungspflicht bezüglich allen notwendigen Zubehörs, das erforderlich ist, um das Fahrzeug erst funktionstüchtig zu machen. Dasselbe gilt für solches Zubehör, dessen Verwendung er durch Anbringung von Bohrlöchern, Ösen, Halterungen, Aufhängevorrichtungen usw. ermöglicht hat. In diesen Fällen ist der Motorradhersteller auch ohne konkreten Anlaß verpflichtet, den Zubehörmarkt zu überprüfen und gegebenenfalls nur bestimmte, von ihm getestete und für sicher beurteilte Zubehörteile den Benutzern seiner Motorräder zu empfehlen oder in der Gebrauchsanleitung bzw. durch Aufkleber auf dem Motorrad die Verwendung derartiger Vorrichtungen einzuschränken oder vor einer mißbräuchlichen Verwendung dieser Vorrichtungen zu warnen.

Außerdem besteht aber, wie bereits der VIII. Zivilsenat in seinem vorerwähnten Urteil angedeutet hat, auch ohne konkreten Anlaß jedenfalls eine Produktbeobachtungspflicht hinsichtlich derjenigen Zubehör- und Kombinationsprodukte, die so allgemein gebräuchlich sind, daß bei einer etwaigen Unverträglichkeit ein risikoloser Einsatz des eigenen Produkts schon wegen dieser Verbrauchergewohnheit ausgeschlossen wird. Diese Produktbeobachtungspflicht kann sich zu einer Pflicht zur eigenen Überprüfung der fremden Zubehörteile steigern, wenn konkreter Anlaß zu der Befürchtung besteht, daß das Zubehör seiner Art nach in Verbindung mit dem eigenen Produkt dem Benutzer gefährlich werden kann.

Da bei der Benutzung von Motorrädern die Gefährdung von Leben und Gesundheit im Vordergrund steht, sind, worauf die Revision zutreffend hinweist, zudem an Inhalt und Umfang der Sicherungs- und Warnpflichten eines Motorradherstellers strengere Anforderungen zu stellen als in den Fällen, in denen - wie in dem vorerwähnten, vom VIII. Zivilsenat entschiedenen Pflanzenschutzmittelfall durch Kombination verschiedener Produkte nur Sachschäden zu befürchten sind (vgl. BGHZ 80, 186, 192 - Apfelschorf; vgl. auch Senatsurteil vom 15. März 1977 - VI ZR 201/75 - VersR 1977, 546, 547 bezüglich der Unterschiede in den Anforderungen an die Fortbildung zwischen Tierärzten und Humanmediziner). Das hat zur Folge, daß ein Motorradhersteller dann, wenn speziell für seine Fahrzeuge entwickelte oder als geeignet angepriesene Zubehörteile anderer Hersteller in größerem Umfang auf den Markt kommen, und er konkreten Anlaß zu der Annahme hat, daß diese Art von Zubehör einen Einfluß auf die Fahrsicherheit seiner Motorräder haben kann, jedenfalls die Erzeugnisse der Marktführer einer diesbezüglichen Prüfung zu unterziehen hat. Diese Prüfung muß sich in Fällen wie hier wenigstens auf Motorradzubehör erstrecken, dessen Einfluß auf die Fahrstabilität des Motorrades nicht für alle Motorradfahrer ohne weiteres auf der Hand liegt. Der erkennende Senat folgt auch der Revision darin, daß die Pflicht zu einer derartigen Überprüfung neuer Produkte des Zubehörmarktes noch weiter

reicht, wenn das eigene Produkt auch ohne das Zubehör bei hohen Geschwindigkeiten ohnehin schon an der Grenze der Sicherheitserwartungen der Benutzer liegt. Sollte daher der Tatrichter entsprechend dem Gutachten des Sachverständigen Prof. B. feststellen, daß das Motorrad GL 1000 "Goldwing" schon von seiner Konstruktion her bei hohen Geschwindigkeiten nur eine absolut geringe, wenn auch noch ausreichende Dämpfung der Pendelschwingungen aufwies, so wäre das bereits ein konkreter Anlaß für die Beklagten gewesen, nicht nur die Gebrauchsgewohnheiten der Benutzer ihrer Fahrzeuge bezüglich der Verwendung von Zubehör, das möglicherweise Einfluß auf die Fahrsicherheit haben konnte, besonders sorgfältig zu beobachten, sondern bei Feststellung von Zubehör, für das seiner Art nach in dieser Richtung Gefahren zu befürchten waren, auch wenigstens die gebräuchlichsten dieser Teile auf ihre gefahrenfreie Verwendung im Zusammenhang mit ihren Motorrädern zu überprüfen. Wird der Markt für einen Hersteller zu unübersichtlich, dann kann er sich auf die Überprüfung einzelner Zubehörteile beschränken, ist aber dann verpflichtet, vor allem, wenn einige sich in Tests als gefährlich herausgestellt haben, genaue Gebrauchsempfehlungen zu geben mit dem Hinweis auf die mögliche Gefährdung durch nicht empfohlenes Zubehör. Zumindest muß er die Benutzer darauf hinweisen, daß die Fahrsicherheit bei Verwendung des Zubehörs beeinträchtigt werden kann.

dd) Auch die hiermit über die gestellten Anforderungen des Berufungsgerichts hinaus erweiterte Prüfungs- und Instruktionspflicht wird nicht dadurch beeinflusst, daß für die K.-Lenkerverkleidung aufgrund von TÜV-Prüfberichten möglicherweise eine allgemeine Betriebserlaubnis nach § 22 StVZO oder jeweils einzelne Erlaubnisse nach §§ 22 Abs. 2 Satz 4, 21 StVZO erteilt worden waren. Das Berufungsgericht folgt zwar der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung, wonach diese Betriebserlaubnis keine Vermutung für die ordnungsgemäße Beschaffenheit des Produkts begründet, sondern nur besagt, daß der Kontrollbeamte nichts Vorschriftswidriges gefunden hat und daß sich deshalb der Hersteller von Fahrzeugen oder Fahrzeugteilen, für die eine allgemeine Betriebserlaubnis erteilt ist, nicht darauf verlassen darf, daß die Zulassungsstelle etwaige Mängel entdeckt (vgl. neuerdings Senatsurteil vom 7. Oktober 1986 - VI ZR 187/85 - zur Veröffentlichung bestimmt und Schmidt-Salzer, Kommentar EG-Richtlinie Produkthaftung, Bd. 1 Art. 7 Rdn. 96).

Andererseits will das Berufungsgericht jedoch den Hersteller von Kraftfahrzeugen, insbesondere von Motorrädern, dann, wenn eine allgemeine Betriebserlaubnis für ein Zubehörteil erteilt ist, solange von Überprüfungspflichten freistellen, bis für den Hersteller oder für den Alleinvertreiber in der Bundesrepublik Deutschland ein konkreter Anlaß für die Annahme besteht, daß speziell dieses Produkt zu einer Instabilität des Motorrades führen kann. Auch diese Einschränkung ist nicht gerechtfertigt, weil auch dadurch die Sorge für die Verkehrssicherheit des Produkts unangemessen allein auf die Zulassungsbehörde verlagert würde. Daran ändert sich auch nichts dadurch, daß in dem Merkblatt der Vereinigung der Technischen

Überwachungsvereine aus dem Jahre 1976 für die Beurteilung von Lenkerverkleidungen Fahrversuche nach deren Anbau vorgeschrieben waren, bei bauartbedingter Höchstgeschwindigkeit von mehr als 100 km/h sogar bei Seitenwind, und daß darin besonders verdeutlicht wurde, Ziel der Fahrversuche sei es, unter verschiedenartigen Betriebsbedingungen, auch bei Höchstgeschwindigkeit, das Verhalten des Fahrzeugs zu ermitteln. Der Hersteller darf sich auch in diesen Fällen nicht darauf verlassen, bei derartigen Prüfungen durch oder im Auftrag der Genehmigungs- oder Zulassungsbehörden werde schon ein etwaiger Mangel aufgedeckt werden.

Aus der allgemeinen Betriebserlaubnis für Kraftfahrzeugzubehör darf der Hersteller des Kraftfahrzeugs auch nicht, wie die Revisionserwiderung meint, die tatsächliche Vermutung dafür herleiten, daß der Zubehörproduzent sein Produkt sorgfältig entwickelt, gefertigt und erprobt hat, bzw. daß es den gesetzlichen Anforderungen genügt (so das von den Beklagten vorgelegte Rechtsgutachten). Das ist auch in dieser Form nicht in RGZ 163, 21, 33 zu Gunsten des damaligen PKW-Herstellers ausgesprochen worden; das Reichsgericht hat dort vermutlich nur zum Ausdruck bringen wollen, im Zusammenhang mit den Beweisanforderungen bei der Geltendmachung von Ansprüchen aus § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit Schutzvorschriften über das Inverkehrbringen von Kraftfahrzeugen könne eine Bescheinigung über die Betriebserlaubnis eine solche tatsächliche Vermutung begründen. Sollte das Reichsgericht etwas anderes gemeint haben, so könnte der erkennende Senat dem nicht folgen. Beweiserleichterungen dieser Art, die die Rechtsprechung einem Hersteller zur Verteidigung gegen Schadensersatzansprüche gewährt, dürfen deren Sorgfaltsanforderungen bei der Produktbeobachtung nicht herabsetzen.

c) Mit Erfolg rügt die Revision weiterhin, daß das Berufungsgericht zu Unrecht einen Anlaß für die Beklagten, bereits erhebliche Zeit vor dem Unfall des Sohnes der Kläger vor der Anbringung von Lenkerverkleidungen zu warnen, verneint.

aa) Rechtsfehlerhaft prüft das Berufungsgericht nämlich insoweit nur, ob die Beklagten Anlaß hatten, gerade die K.-Lenkerverkleidung daraufhin zu überprüfen, ob diese die Lenkungsstabilität des von ihnen vertriebenen Motorrades GL 1000 beeinträchtigen konnte, und ob sie daraus etwaige Konsequenzen bezüglich der Instruktion der GL 1000-Fahrer zu ziehen hatten. Es übersieht dabei aber, daß sich eine Haftung der Beklagten auch daraus ergeben kann, daß sie nicht schon längere Zeit vor dem hier zu beurteilenden Unfall ganz allgemein die GL 1000-Fahrer und ihre eigenen Vertragshändler, die ebenfalls Lenkerverkleidungen für dieses Motorrad verkauft und montiert haben, darauf hingewiesen haben, daß durch den Anbau derartiger Zubehörteile die Fahrstabilität beeinträchtigt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 1977 - VIII ZR 309/75 - aaO zu den Pflichten bei der Beratung über die Verwendung von Pflanzenschutzmitteln). Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Beklagten, was das Berufungsgericht verneint (BU S. 13), konkret die Gefahrenlage durch die K.-Verkleidungen kannten. Zu einer solchen allgemeinen Warnung wären sie verpflichtet gewesen, sobald sie Kenntnis

davon hatten oder haben mußten, daß Lenkerverkleidungen für das Motorrad GL 1000 in größerem Umfang vertrieben wurden und daß diese generell die Fahrstabilität des Motorrades, jedenfalls bei höheren Geschwindigkeiten, beeinträchtigen konnten. Solche allgemeinen Hinweise erübrigten sich nicht, wie in einem der vorgelegten Rechtsgutachten ausgeführt wird, weil hierdurch nur allgemeines Erfahrungswissen vermittelt würde, von dessen Vorhandensein beim Benutzer nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats (Urteil vom 3. Juni 1975 - VI ZR 192/73 - Spannkupplung - VersR 1975, 922, 924) jeder Hersteller ausgehen dürfe. Wenn es sich hierbei auch um eine Kenntnis handelt, welche die Motorradhersteller allgemein hatten, so ist dieses Wissen doch nicht mit dem allgemeinen Erfahrungswissen aller Kunden gleichzusetzen. Hiervon kann im Streitfall schon deshalb keine Rede sein, da die Lenkerverkleidung bessere Windschlüpfriegerkeit und insoweit bessere Fahrstabilität suggeriert, während sich die Beeinträchtigung der Fahrstabilität erst bei hohen Geschwindigkeiten gezeigt haben soll.

bb) Aus dem Umstand, daß die Mitarbeiter Ch. und Y. der Beklagten im Jahre 1980 einen Bericht veröffentlicht haben als Ergebnis einer Tätigkeit, die u.a. "die Prüfung und Untersuchung der Leistung des Betriebsverhaltens von mit Zubehör ausgestatteten Motorrädern im Hinblick auf die Entwicklung sicherer Betriebsbedingungen für jedes einzelne Modell und die weitere Verbesserung der für die Betriebssicherheit verantwortlichen physikalischen Größen umfaßte", ergibt sich zwar noch nicht, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, daß die Beklagten längere Zeit vor dem Unfall schon entsprechende Kenntnisse hatten. Die Revision weist jedoch mit Recht darauf hin, daß die Abteilung bzw. Tochtergesellschaft, der diese beiden Mitarbeiter angehörten, vor dem Jahr 1980 gegründet sein mußte. Da die Kläger jedoch behauptet hatten, die Beklagten hätten die entsprechende Kenntnis bereits im Jahre 1976 gehabt, und dies u.a. aus der Gründung dieser Abteilung bzw. Tochtergesellschaft hergeleitet haben, wäre es Sache der Beklagten gewesen, substantiiert vorzutragen, wann die Gründung erfolgt ist und wann deren Mitarbeiter mit der Prüfung des Einflusses von Zubehörteilen, insbesondere Lenkerverkleidungen, auf die Betriebssicherheit der Motorräder beauftragt worden sind.

Das Berufungsgericht hätte darüber hinaus, wie die Revision rügt, die weiteren Beweiszeichen für diese Kenntnis prüfen und den Beweisangeboten der Kläger entsprechen müssen. Haben die Beklagten nämlich das bereits erwähnte Merkblatt der Vereinigung der Technischen Überwachungs-Vereine aus dem Jahr 1976 gekannt, in dem auch auf den Einfluß der Verkleidung auf die Einfederung des Motorrades hingewiesen wurde (Nr. 4.3), so könnten sich daraus bereits Anhaltspunkte für die Kenntnis der Beklagten von möglicherweise bestehenden ungünstigen Beeinflussungen durch Lenkerverkleidungen ergeben. Auch die Revisionserwiderung räumt ein, der Inhalt dieses Merkblattes belege, daß die Anbringung einer Verkleidung generell zu negativen Auswirkungen auf das Fahrverhalten führen kann, und das Berufungsgericht (S. 13 BU) geht selbst davon

aus, jedenfalls im Jahre 1977 sei allgemein bekannt gewesen, daß Zubehörteile generell zu negativen Erscheinungen führen können. Der von dem Berufungsgericht (BU S. 12) hervorgehobene Umstand, daß sich dieses Merkblatt an die Hersteller der Verkleidungen wendet, steht einer solchen Kenntnis nicht entgegen. Im übrigen hatten die Kläger unter Beweis gestellt, daß den Beklagten schon im Jahre 1976 die Beeinflussung des Fahrverhaltens des Motorrades durch jede entsprechende Verkleidung bekannt gewesen ist. War das aber der Fall, dann können die Beklagten nichts daraus für sich herleiten, daß die von ihnen veranlaßten Versuche des B.-Instituts im Jahre 1981 keine gefährlichen Situationen bei der Benutzung von Motorrädern der Erstbeklagten ergeben haben, die mit einer K.-Lenkerverkleidung ausgestattet waren.

III. Das Berufungsurteil kann auch nicht mit anderer Begründung aufrecht erhalten bleiben.

1. Die Beklagten waren nicht etwa deswegen von allen Verkehrssicherungspflichten im Hinblick auf Zubehörteile befreit, weil sie selbst damals überhaupt kein derartiges Zubehör auf den Markt gebracht haben. Sie haben damit nicht, wie die Revisionserwiderung meint, für jeden Erwerber eines solchen Motorrades klar erkennbar zum Ausdruck gebracht, daß sie nur bereit sind, für die serienmäßige Originalausstattung Verkehrssicherungspflichten zu übernehmen, nicht dagegen für nachträglich angebrachtes Zubehör.

2. Sollten die Beklagten verpflichtet gewesen sein, bereits längere Zeit vor dem Unfall des Sohnes der Kläger vor den durch die Anbringung von Lenkerverkleidungen entstehenden Gefahren zu warnen oder bei lenkerverkleideten Motorrädern die Einhaltung einer bestimmten Höchstgeschwindigkeit zu empfehlen, so sind sie dieser Verpflichtung nicht damit nachgekommen, daß sie in die Garantiebedingungen den Zusatz aufgenommen haben, Garantieplichten des Herstellers endeten, sobald die Maschine nachträglich mit fremdem Zubehör ausgerüstet werde. Hierbei handelt es sich nur um eine Freizeichnung von vertraglichen Gewährleistungsansprüchen in Anlehnung an § 19 Abs. 2 StVZO, nach dem sogar die Betriebserlaubnis erlischt, wenn Teile des Fahrzeugs verändert werden, deren Beschaffenheit vorgeschrieben ist oder deren Betrieb eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer verursachen kann. Einen ausreichenden Hinweis auf die Gefahren einer derartigen Ausrüstung mit Zubehör enthält die Klausel in den Garantiebedingungen nicht. Ist die Verwendung eines Produkts mit erheblichen Gefahren verbunden, so daß der Hersteller und gegebenenfalls der Alleinvertreiber die Benutzer auf diese Gefahren hinzuweisen hat, so muß dieser Hinweis deutlich erfolgen (Senatsurteil vom 20. Oktober 1959 - VI ZR 152/58 - VersR 1960, 342, 343 Fußboden- Klebemittel). Wichtige Hinweise über Produktgefahren und deren Abwendung dürfen daher z.B. nicht zwischen Teilmformationen über Darreichungsformen, Werbeaussagen, Kundendienststellen usw. versteckt werden (vgl. Kullmann/Pfister, aaO, Kennz. 1520, S. 46). Es kann deshalb auch nicht ausreichen, sie in die Garantiebedingungen einzuarbeiten. Denn diese regeln im wesentlichen nur, unter

welchen Voraussetzungen und wie lange Mängel des Fahrzeugs kostenlos behoben werden. Schon im Hinblick darauf, daß viele Produktbenutzer sich erst im Schadensfall dafür interessieren, ob ein Schaden noch unter die Garantie fällt, können Gefahrenhinweise in Garantiebedingungen keinen Warnzweck erfüllen und deshalb auch nicht gewährleisten, daß die Erwerber des entsprechenden Produktes rechtzeitig auf ihnen aus der Produktbenutzung drohende Gefahren hingewiesen werden.

3. Im gegenwärtigen Verfahren kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß bei einer rechtzeitigen und ausreichenden Warnung durch die Beklagten der Unfall gleichwohl nicht vermieden worden wäre. Die Beweiserleichterungen, welche die höchstrichterliche Rechtsprechung bezüglich der Ursächlichkeit einer im vertraglichen Bereich gebotenen, aber unterlassenen Verbraucherinformation oder Warnung gewährt, finden allerdings - entgegen der Annahme der Revision - nicht ohne weiteres im Bereich der Deliktshaftung Anwendung (vgl. Senatsurteile vom 29. Januar 1980 - VI ZR 11/79 - VersR 1980, 863, 864 und vom 7. Oktober 1986 - VI ZR 187/85 - aaO). Da das Berufungsgericht jedoch bewußt - und von seinem Rechtsstandpunkt aus vertretbar - nicht auf die Frage eingegangen ist, ob das Unterlassen einer Warnung kausal für den Unfall war, muß die endgültige Beurteilung des Ursachenzusammenhangs dem Tatrichter vorbehalten bleiben.

#### *iv. Haftung für wirkungslose Produkte*

Von besonderer Bedeutung für die heutige Ausgestaltung des Produzentenhaftungsrechts ist die Apfelschorf-Entscheidung. Sie stellt einerseits klar, dass man auch für wirkungslose Produkte nach den Grundsätzen der Produzentenhaftung zur Haftung herangezogen werden kann, wenn infolge der Wirkungslosigkeit Schäden an anderen Rechtsgütern entstehen. Sie enthält andererseits die Grundsätze der von der Rechtsprechung für richtig gehaltenen Beweislastverteilung differenziert nach den unterschiedlichen Fehlverhaltenskategorien:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 17.03.1981, Az: VI ZR 191/79

##### Leitsatz

1. Ein Warenhersteller kann auch dann aus BGB § 823 Abs 1 schadensersatzpflichtig werden, wenn sein zur Abwendung von Gefahren bestimmtes Produkt nicht gefährlich, sondern nur wirkungslos ist, der Benutzer aber von der Verwendung eines anderen wirksamen Produkts im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Produkts absieht.

2. Stützt ein Produktgeschädigter seinen aus BGB § 823 Abs 1 hergeleiteten Schadensersatzanspruch darauf, daß der Hersteller eine Warnung unterlassen hat ("Instruktionsfehler"), dann ist es in der Regel seine Sache, Tatsachen zu beweisen,

aus denen sich ergibt, daß der Hersteller zur Warnung verpflichtet war; erst dann ist es dessen Sache, seine Schuldlosigkeit zu beweisen.

Fundstelle: BGHZ 80,186; WM IV 1981, 544-547; VersR 1981, 639-642; NJW 1981, 1603-1606

Tatbestand

Der Kläger, ein Obstbauer aus dem "Alten Land" an der Niederelbe, verlangt von der Beklagten, der H.-AG in F., Schadensersatz, weil sich das von dieser hergestellte und seit 1971 vertriebene neue Spritzmittel "Derosal" im Jahre 1974 bei der Bekämpfung des Apfelschorfs als unwirksam erwiesen hat. Infolgedessen breitete sich der den Apfelschorf hervorrufende Pilz *Venturia inaequalis* an den Apfelbäumen aus, so daß der Kläger bei der Ernte erhebliche Ausfälle erlitt.

"Derosal" gehört zur Gruppe der Benzimidazole und ist ein sog systemisches Fungizid mit breitem Anwendungsgebiet. Seit 1970 wurden auch im "Alten Land" verschiedene Benzimidazole als Spritzmittel gegen den Apfelschorfpilz verwendet, wobei sehr gute Erfolge erzielt wurden. Der entscheidende Wirkstoff dieser Fungizide ist das Methylbenzimidazolcarbamat, das nicht, wie bei den früher ausschließlich verwendeten sog Kontaktfungiziden, von der Oberfläche der Blätter und Früchte her den Zellkern der Pilze abtötet, sondern deren Wachsen aus der Pflanze bzw den Früchten heraus abtötet. Daher haben sie gegenüber den Kontaktfungiziden den Vorzug, nicht so häufig gespritzt werden zu müssen; auch wird ihre Wirksamkeit nicht so stark durch Regen beeinträchtigt.

Der Kläger hatte 1971 bis 1973 noch das Benzimidazol "Benomyl" (hergestellt von D. N. & Co/Inch in den USA) verwendet. Im Jahre 1974 entschloß er sich nach einem von der Beklagten im März 1974 im "Alten Land" veranstalteten Informationsabend zur Anwendung von "Derosal", mit dem er im April und Mai 1974 drei Spritzungen durchführte. Einige Tage danach stellte er auf den Blättern der Apfelbäume Schorfbefall fest. Trotz anschließend durchgeführter Spritzungen mit Kontaktfungiziden konnte er ein Ausbreiten des Apfelschorfs nicht verhindern. Ebenso wie bei ihm kam es 1974 bei anderen Obstbauern im "Alten Land" nach der Anwendung von Benzimidazolen (so von "Benomyl" und von "Cercobin M", das von der B.-AG herausgebracht worden war) zu erheblichen Schäden durch Schorfbefall. Dieser ist darauf zurückzuführen, daß sich nach Anwendung dieser neuartigen systemischen Fungizide resistente Stämme des Apfelschorf-Pilzes gebildet und ausgebreitet hatten. Auf diese Gefahr hatte die Beklagte weder in den Gebrauchsanweisungen noch bei den Informationsveranstaltungen hingewiesen. Inzwischen hat sie in ihre Gebrauchsanweisung für "Derosal" einen Hinweis auf die Gefahr von Resistenzbildungen aufgenommen; darin empfiehlt sie zur Vermeidung der Entstehung von Toleranzen eine alternierende Spritzfolge mit "Derosal" und den herkömmlichen Kontaktfungiziden.

Der Kläger verlangt von der Beklagten den Ersatz seiner Ernteschäden, die er aufgrund eines Gutachtens auf 26.115 DM errechnet.



Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Mit der (zugelassenen) Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

#### Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht stellt im Anschluß an das von ihm eingeholte Gutachten des Sachverständigen Dr M. von der Biologischen Bundesanstalt für Landwirtschaft und Forstwirtschaft (B.) fest, "Derosal" habe sich als zur Pilzbekämpfung durchaus geeignet erwiesen und zeige ebenso wie die übrigen Benzimidazole bei ihrer Anwendung deutliche Vorteile gegenüber den herkömmlichen Kontaktfungiziden. Die schnelle Resistenzbildung bei einer Reihe von Pilzarten berechtige nicht schon dazu, "Derosal" als Fehlentwicklung anzusehen. Allerdings habe sich aus der besonderen punktuellen Wirkungsweise der Benzimidazole bei allen Pilzen eine erhöhte Resistenzgefahr ihnen gegenüber ergeben. Diese generelle Gefahr habe sich durch die im Weinbau schon im Jahre 1972/1973 beobachteten Resistenzen (des Pilzes *Botrytis cinerea*) verdichtet; außerdem hätten Anfang 1974 eine Reihe von Veröffentlichungen über Resistenzerscheinungen verschiedener Pilzgattungen gegenüber Benzimidazolen vorgelegen. Wenn es auch noch keine Hinweise auf eine bereits zutage getretene oder unmittelbar bevorstehende Resistenzbildung des Apfelschorf-Pilzes gegenüber Benzimidazolen im Freiland gegeben habe, so habe jedoch eine schnelle Ausbreitung dieser Resistenz nicht außerhalb der Wahrscheinlichkeit gelegen, sondern sei ohne weiteres möglich gewesen. Vor allem im Anbauggebiet des "Alten Landes" habe sich infolge der mehrjährigen intensiven Anwendung von Benzimidazolen eine besondere "Streßsituation" für den Apfelschorfpilz ergeben, welche die Auslese resistenter Stämme begünstigt habe; auf den dortigen großen zusammenhängenden Anbauflächen sei daher die Gefahr einer Resistenz erheblich größer gewesen als auf kleineren Versuchsflächen. Dieser Gefahr hätte zumindest weitgehend vorgebeugt werden können, wenn die systemischen Fungizide nicht ausschließlich, sondern im Wechsel mit Kontaktfungiziden zur Anwendung gekommen wären.

In Würdigung dieses Sachverhalts hält das Berufungsgericht den Klageanspruch aus § 823 Abs 1 BGB für gerechtfertigt. Denn der Hersteller eines Schädlingsbekämpfungsmittels sei verpflichtet, die Anwender auf die Grenzen der Wirksamkeit solcher Mittel hinzuweisen. Diese Pflicht habe die Beklagte objektiv verletzt, weil sie nicht auf die Resistenzgefahr hingewiesen und vor ausschließlicher Anwendung von Benzimidazolen gewarnt habe. Die Beweislast dafür, daß ihr insoweit ein Verschulden nicht vorgeworfen werden könne, treffe sie. Diesen Nachweis habe sie nicht erbracht. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei sogar davon auszugehen, daß sie ein Verschulden treffe. Sie habe, wenn auch nach Erkennen der Unwirksamkeit der Benzimidazole gegen *Botrytis* im Weinbau noch keine bestimmte Prognose für das Verhalten des Apfelschorf-Pilzes hätte gestellt werden können, doch das Risiko, ob und in

welchem Umfang sich eine Resistenz beim Apfelschorfpilz entwickeln werde, nicht schweigend auf die Anwender abwälzen dürfen.

II. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Nicht zu beanstanden sind allerdings die Erwägungen des Berufungsgerichts, von denen es zunächst ausgegangen ist.

a) Der Senat folgt vor allem dem Berufungsgericht in seiner Auffassung, daß auch im Streitfall die Vorschrift des § 823 Abs 1 BGB eingreift. Sie scheidet entgegen der Ansicht der Revision nicht schon deshalb als Haftungsgrundlage aus, weil "Derosal", wie das Berufungsgericht insoweit unangegriffen feststellt, keinen Schorfbefall hervorgerufen, sich vielmehr "nur" als unwirksam zur Bekämpfung des schädlichen Pilzes erwiesen hat (aA offenbar LG Hamburg in Schmidt-Salzer, Entscheidungssammlung Produkthaftung Bd II, 1979, Nr III 20 (S 526ff)).

Das Berufungsgericht konnte zwar nicht feststellen, daß "Derosal" die Schorfbildung begünstigt hat, indem es etwa die natürlichen Antagonisten des Pilzes vernichtete, so daß dieser sich ungehindert ausbreiten konnte. Es geht aber davon aus, daß die zunächst gesund gebildeten Früchte von dem Pilz befallen worden sind, nachdem dieser gegen "Derosal" resistent geworden ist. Bei dieser Sachlage hat die Beklagte durch die Inverkehrgabe des Pflanzenschutzmittels "Derosal" zur Verletzung des Eigentums des Klägers beigetragen, jedenfalls weil und soweit sie diesen damit davon abgehalten hat, die Pilze auf wirksame Weise zu bekämpfen, sei es auf dem herkömmlichen Weg mit Kontaktfungiziden, sei es durch einen - von der Beklagten indes zu spät empfohlenen - Wechsel der Methode, der die Resistenz des Pilzes gegen "Derosal" verhindert hätte. So gesehen beruht der von dem Kläger geltend gemachte Schaden entgegen der Meinung der Revision nicht "einzig und allein" auf der Wirkung des Schädlings, sondern auch darauf, daß die Beklagte ein Schädlingsbekämpfungsmittel in den Verkehr gegeben hat, dessen erhoffte Wirkungen ausgeblieben sind.

Einer deliktischen Einstandspflicht der Beklagten als Herstellerin des Pflanzenschutzmittels steht auch nicht entgegen, daß es grundsätzlich der Vertragshaftung vorbehalten bleiben muß, das Interesse des Verbrauchers oder Benutzers an der Gebrauchstauglichkeit eines Produkts zu schützen, während es der Deliktshaftung in erster Linie um das Integritätsinteresse geht (vgl Diederichsen, NJW 1978, 1281, 1285/1286). Pflichten zum Schutz vor gebrauchsuntauglichen Waren, hier vor gegenüber Gefahren unwirksamen Mitteln, können dem Warenhersteller auch aus Deliktsrecht zum Schutz von Integritätsinteressen des Verbrauchers oder Benutzers der Ware aufgegeben sein (so offenbar auch Deutsch, VersR 1979, 685, 686 zur Haftbarkeit des Herstellers eines wirkungslos gebliebenen Arzneimittels). Das gilt ua für Produkte, deren Verwendungszweck - wie hier - es ist, das Eigentum des Verbrauchers oder Benutzers zu schützen. Dann können die Gebrauchserwartungen, die der Hersteller mit der Inverkehrgabe seines Produkts schafft, auch um dieses Schutzgutes willen

nach allgemeinen deliktsrechtlichen Grundsätzen zu sichern sein. Hält der Hersteller durch die von ihm geweckten Gebrauchserwartungen und Sicherheitserwartungen den Benutzer davon ab, andere Maßnahmen zum Schutz seines Eigentums zu ergreifen, dann hat er (in den Grenzen des Möglichen und Zumutbaren) dafür zu sorgen, daß dem Verwender des Produkts hieraus keine Nachteile für sein Eigentum entstehen (so schon zutreffend der 7. Zivilsenat des Berufungsgerichts in seinem gleichliegenden Fall betr das systemische Fungizid "Benomyl" in VersR 1978, 1144, 1145). Voraussetzung dieser Haftung ist, daß der Betroffene den Schadenseintritt auf anderem Weg hätte verhüten können und der Hersteller, weil er auf die Gebrauchstauglichkeit des Produkts vertraut hat, ihn davon abgehalten hat. Diese Voraussetzung war im Streitfall erfüllt: der Kläger hätte mit der Verwendung eines Kontaktfungizids oder mit einer Spritzung des Mittels der Beklagten im Wechsel mit Kontaktfungiziden den Schaden verhindern können, wenn die Beklagte ihn entsprechend belehrt hätte. Grundlage solcher Deliktshaftung ist die durch das Produkt geweckte Gebrauchserwartung und Sicherheitserwartung des Verkehrs in Bezug auf den Integritätsschutz des der Ware ausgesetzten Schutzguts. Schon deshalb geht es nicht um eine Erweiterung der vertraglichen Gewährleistungshaftung für Sachmängel, sondern nur um die Haftung für Schadensfolgen, die aus dem gefahrschaffenden Tun des Herstellers dem Verbraucher an seinen deliktisch geschützten Rechten und Gütern erwachsen.

b) Im Streitfall steht nur in Frage, ob die Beklagte sog Instruktionspflichten in der Form von Warnpflichten gegenüber den Verwendern ihres Pflanzenschutzmittels verletzt hat (vgl BGHZ 64, 46, 49; Senatsurteil vom 5. November 1955 - VI ZR 199/54 - VersR 1955, 765; vgl auch Fischer DB 1977, 71, 75).

aa) Das Berufungsgericht kommt rechtlich einwandfrei zu dem Ergebnis, daß die Beklagte nicht schon bei der Entwicklung von "Derosal" ihre Gefahrabwendungspflichten (Konstruktionspflichten) verletzt hat, nachdem sich das Mittel durchaus als geeignet zur Bekämpfung des den Apfelschorf hervorrufenden Pilzes erwiesen hat. Selbst wenn "Derosal" die vom Berufungsgericht festgestellten Vorteile gegenüber den damals gebräuchlichen Kontaktfungiziden nicht gehabt hätte, könnte man es nicht als "Fehlkonstruktion" bezeichnen. Die Beklagte verletzte auch dadurch, daß sie das Mittel trotz der, wie jetzt erkannt ist, bereits damals bestehenden abstrakten Gefahr schneller Resistenzbildung zum Vertrieb freigab, noch keine Gefahrabwendungspflichten. Ganz ebenso schied von vornherein eine fehlerhafte Herstellung, also die falsche Zusammensetzung der einzelnen Charge des Pflanzenschutzmittels (Fabrikationsfehler), als Schadensursache aus.

bb) Ein Hersteller kann allerdings seine Verkehrssicherungspflichten auch durch unzureichende Beobachtung seines Produkts in der praktischen Verwendung verletzen. Das hat der Senat in dem heute verkündeten Urteil in der Parallelsache VI ZR 286/78, in der es um die Haftbarkeit der Firma D. N. & Co für das von ihr hergestellte systemische Fungizid "Benomyl" geht, im einzelnen begründet; darauf wird Bezug genommen.

Zwischen den Parteien ist es jedoch unstrittig, daß die Beklagte ihre Produktbeobachtungspflichten erfüllt hat; sie hat sich fortlaufend darum gekümmert, ob "Derosal" wirksam blieb, vor allem nicht gar schädliche Wirkungen hervorrief. Die Parteien streiten nur darum, ob die Beklagte aufgrund ihrer Produktbeobachtung und der dabei gewonnenen Erkenntnisse, insbesondere der Auswertung des erreichbaren und ihr vorliegenden (ausländischen) Fachschrifttums und der allgemeinen wissenschaftlichen Erfahrung über das Auftreten von Resistenzen bereits Anfang 1974 bestimmte Warnhinweise bezüglich der Anwendung von "Derosal" geben mußte und wie diese bejahendenfalls hätten gefaßt sein müssen.

c) Diese dem Hersteller obliegende Pflicht hat allerdings, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, Grenzen.

Nicht jede entfernt liegende Möglichkeit einer Gefahr läßt bereits Sicherungspflichten und Warnpflichten entstehen; denn nicht jeder denkbaren Gefahr muß durch vorbeugende Maßnahmen begegnet werden (Senatsurteil vom 2. Oktober 1979 - VI ZR 106/78 = VersR 1980, 67 mwNachw). Andererseits darf der Hersteller nicht abwarten, bis erhebliche Schadensfälle eingetreten sind, bevor er Gegenmaßnahmen trifft. Eine Gefahr muß, wenn sie Abwehrpflichten auslösen soll, nicht schon konkret greifbar sein. Inhalt und Umfang einer Warnung und auch ihr Zeitpunkt werden wesentlich durch das jeweils gefährdete Rechtsgut bestimmt und sind vor allem von der Größe der Gefahr abhängig (Senatsurteile vom 26. Mai 1954 - VI ZR 4/53 = VersR 1954, 364, 365 und vom 12. Oktober 1965 - VI ZR 92/64 = VersR 1965, 1157, 1158 mwNachw). So muß ein Hersteller, wenn durch sein Produkt die Gesundheit oder die körperliche Unversehrtheit von Menschen - etwa gar in zahlreichen Fällen - bedroht ist, schon dann eine Warnung aussprechen, wenn aufgrund eines zwar nicht dringenden, aber ernst zu nehmenden Verdachts zu befürchten ist, daß Gesundheitsschäden entstehen können (vgl LG Aachen in dem Einstellungsbeschuß des Contergan-Strafverfahrens JZ 1971, 507, 516). Sind nur Sachschäden zu befürchten, so werden die Anforderungen zeitlich und dem Umfang nach nicht in derselben Strenge zu stellen sein. Dann kann in Betracht kommen, daß sich der Hersteller, wenn sich die Gefahr zwar "verdichtet" hat, aber noch offen ist, ob und gegebenenfalls wann sie akut wird, vor Herausgabe einer Warnung auf weitere Untersuchungen in Labors, Versuchsanlagen usw und auf intensive Beobachtung der Bewährung seines Produktes in der Praxis beschränkt, dies jedenfalls dann, wenn die begründete Erwartung besteht, daß er gegebenenfalls noch hinreichend rechtzeitig eingreifen kann.

Im Streitfall waren jedoch zur kritischen Zeit allgemeine Warnungen vor einer wahrscheinlich irgendwann eintretenden Resistenzgefahr, wie die Revision mit Recht geltend macht, noch nicht geboten. Das ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts. Das Mittel war, wie es feststellt, nach wie vor im Obstbau brauchbar und hätte seine Wirksamkeit nicht verloren, wenn es im Wechsel mit Kontaktfungiziden gespritzt worden wäre. Ein Hinweis auf die damals bloß als möglich angesehene (abstrakte) Resistenzgefahr hätte nichts genutzt, hätte auch

die Verbraucher verunsichern können, indem sie völlig auf systemische Fungizide verzichtet, möglicherweise bei ausschließlichem Gebrauch von Kontaktfungiziden sogar die Resistenz der Apfelschorferreger gegen diese Mittel beschleunigt hätten. Auch diese Überlegung macht deutlich, daß der Zeitpunkt, in welchem der Hersteller, trotz seines Interesses am Absatz seines Produkts, zum Schutz der Verbraucher eine Warnung herausgeben muß, nur mit Zurückhaltung bestimmt werden kann.

2. Die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts sind jedoch rechtlich nicht haltbar.

a) Rechtsfehlerhaft geht das Berufungsgericht zunächst davon aus, die Frage, ob und inwieweit für die Beklagte eine Warnpflicht entstanden war, sei, soweit es um die Prüfung eines objektiven Pflichtenverstoßes geht, nach der im Zeitpunkt seiner letzten mündlichen Verhandlung vorhandenen Sicht zu beantworten, also nach dem neueren Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis. Der Umfang der erforderlichen Sicherungspflicht bestimmt sich nach dem (objektiven) Sorgfaltsmaßstab des § 276 Abs 1 S 2 BGB; dabei ist darauf abzustellen, ob und in welchem Maß für ein sachkundiges Urteil im Zeitpunkt des zu beurteilenden Verhaltens die naheliegende Möglichkeit bestand, daß Rechtsgüter anderer gefährdet werden konnten, wenn Sicherungsmaßnahmen unterblieben (vgl. Senatsurteil vom 16. September 1975 - VI ZR 156/74 = VersR 1976, 149, 150). Maßgebend können also nur die Erkenntnisse sein, die zu der Zeit bestanden, als eine Schadensabwendung in Betracht kam (BGH, Urteil vom 21. Januar 1965 - III ZR 217/63 - VersR 1965, 475, 476; so mit Recht schon Weitnauer, NJW 1968, 1593, 1594; Schmidt-Salzer, Entscheidungssammlung Produkthaftung, Bd II, Anm zu Nr II 68, S 475 und in BB 1979, 395).

b) Das Berufungsgericht nimmt aufgrund der Bekundungen des Sachverständigen Dr. M. (Biologische Bundesanstalt für Landwirtschaft und Forstwirtschaft) an, durch die 1972 und 1973 im Weinbau beobachteten Resistenzen des Pilzes *Botrytis cinerea* gegen Benzimidazole habe sich Anfang 1974 die generelle Gefahr einer Resistenzbildung bei der Anwendung systemischer Fungizide überhaupt verdichtet gehabt. Vor allem auf den großen, zusammenhängenden Anbauflächen des "Alten Landes" habe sich infolge der mehrjährigen intensiven Anwendung von Benzimidazolen eine besondere "Streßsituation" für den Apfelschorf ergeben, welche die Auslese resistenter Stämme von *Venturia inaequalis* begünstigt habe, so daß dort die Gefahr einer Resistenz erheblich größer gewesen sei als auf kleineren Flächen. Bereits dies habe eine Warnpflicht der Beklagten ausgelöst.

Die Revision rügt mit Recht, daß diese Begründung des Berufungsgerichts mit den getroffenen Feststellungen nicht in Einklang steht.

Das Berufungsgericht hat selbst festgestellt, daß zwar Anfang 1974 bereits eine Reihe von Veröffentlichungen über Resistenzerscheinungen bei verschiedenen Pilzgattungen vorgelegen hätten, es aber noch keine Hinweise auf eine bereits

bestehende oder unmittelbar bevorstehende Resistenzbildung des Apfelschorferregers gegenüber Benzimidazolen im Freiland gegeben habe, und daß auch die Veröffentlichung der russischen Forscher Abelentsev und Golyshin über deren Laborversuche nicht auf eine bevorstehende Unwirksamkeit unter Freilandbedingungen hingewiesen habe (nach den Ausführungen des Sachverständigen war es überhaupt fraglich, ob der von diesen Forschern bei den Laborversuchen beobachtete geringe Verlust der Sensibilität des Pilzes gegenüber dem Wirkstoff als echte Resistenz gedeutet werden darf, oder ob dieser nur dafür sprach, daß sich der Pilz lediglich den steigenden Dosierungen anpaßte). Außerdem räumt das Berufungsgericht ein, daß trotz der zwischen dem Botrytis-Pilz und *Venturia inaequalis* bestehenden Parallelen beide Pilze verschieden strukturiert sind, und daß bei ersterem wegen der Vielkernigkeit der Zellen eine besondere Resistenzanfälligkeit bestand, so daß die Ähnlichkeit "wohl nicht ausreichte, um nach der Unwirksamkeit bei Botrytis bereits eine bestimmte Prognose für das Verhalten von *Venturia inaequalis* zu stellen" (so BU S 14). Im übrigen hat das Berufungsgericht aus dem Auge verloren, daß es zu dem Ergebnis gekommen war, Anfang 1974 sei noch nicht vorherzusehen gewesen, ob überhaupt und ggf wann und in welchem Umfang sich eine Unwirksamkeit von "Derosal" bei der Bekämpfung des Apfelschorfs ergeben würde.

Trotz dieser Feststellungen bejaht das Berufungsgericht die Warnpflicht der Beklagten deshalb, weil der Sachverständige ausgeführt habe, die generelle Gefahr der Resistenzbildung habe sich durch die bereits im Weinbau beobachteten Resistenzen für die Anwendung von systemischen Fungiziden allgemein "verdichtet". Indes übersieht es dabei, daß der Sachverständige hinzugefügt hat, er könne sich nicht dazu äußern, in welcher Art sich diese Gefahr für andere Pilze verdichtet, wenn sie sich bei einem Pilz herausbildet. Dann aber hatte sich jedenfalls Anfang 1974 die Wahrscheinlichkeit einer Resistenzbildung beim Apfelschorf, auf die es - wie oben ausgeführt - allein ankommt, auch für den Bereich des "Alten Landes" nach den damaligen Erkenntnissen entgegen der Würdigung des Berufungsgerichts noch nicht so verdichtet, daß die Beklagte damals schon für verpflichtet angesehen werden mußte, vorsorglich die Verwender von "Derosal" zu warnen. Die zwischenzeitlich gewonnenen Erkenntnisse gaben neben der sonstigen Produktbeobachtung wohl Veranlassung, jedes Zeichen nachlassender Wirkung sorgfältig zu registrieren, um rechtzeitig eingreifen zu können (so schon Kessel, Zeitschrift "Obstbau und Weinbau" 1973, 93f). Das hat die Beklagte aber getan. Daß sie damals schon zu mehr verpflichtet gewesen wäre, läßt sich nicht feststellen.

3. Die vom Berufungsgericht für die Verurteilung der Beklagten gegebene Begründung trägt daher seine Entscheidung nicht. Sie kann auch nicht mit anderer Begründung aufrecht erhalten werden.

a) Es ist zwar möglich, daß es rechtzeitig vor Beginn der Spritzperiode 1974 andere wissenschaftliche Erkenntnisse gab, aus denen die Beklagte zumindest Hinweis auf eine unmittelbar bevorstehende Resistenz des Apfelschorfpilzes

gegen Benzimidazole entnehmen konnte, insbesondere weitere Veröffentlichungen, zu denen sie Zugang haben konnte und mußte, also Erkenntnisse, die ihr unter Umständen auch Veranlassung zu einer Warnung der Landwirte hätten geben müssen. Die Verurteilung der Beklagten könnte aber nur bestehen bleiben, wenn sie die Beweislast dafür träge, daß sie im Frühjahr 1974 objektiv ihre Warnpflicht nicht verletzt hat. Das ist nicht der Fall.

aa) Allerdings hat der erkennende Senat in seinem Urteil BGHZ 51, 91 ("Hühnerpest") ausgesprochen, der Hersteller müsse, wenn eine Person oder eine Sache dadurch geschädigt worden sei, daß sein Produkt fehlerhaft hergestellt war, beweisen, daß ihn dieserhalb kein Verschulden trifft; der Geschädigte brauche nur nachzuweisen, daß sein Schaden im Organisationsbereich und Gefahrenbereich des Herstellers durch einen objektiven Mangel oder Zustand der Verkehrswidrigkeit ausgelöst wurde (vgl auch BGHZ 59, 303, 309). Spätere Entscheidungen des VIII. Zivilsenats haben diese Grundsätze auch auf Konstruktionsfehler ausgedehnt (BGHZ 67, 359, 362; BGH, Urt v 28. September 1970 - VIII ZR 166/68 = VersR 1971, 80, 82); dem stimmt der erkennende Senat zu.

Im Schrifttum besteht teilweise Unklarheit darüber, wie weit in diesen Fällen die Beweislastumkehr reicht, insbesondere, was der Kläger außer seiner Rechtsgutverletzung und einem Fehler des Produkts im Zeitpunkt der Inverkehrgabe sowie dem dazwischen bestehenden Ursachenzusammenhang beweisen muß. Larenz (Festschrift für Hauß, S 225, 227) glaubt, der Bundesgerichtshof beziehe die Umkehr der Beweislast nur auf die "subjektive" Seite des Gesamttatbestandes, so daß, soweit streitig, der Kläger immer noch den gesamten "objektiven" Tatbestand, also auch das pflichtwidrige Verhalten des Herstellers beweisen müsse (vgl auch Deutsch, JZ 1969, 391, 393; Lieb, JZ 1976, 526; Feldmann, Europäische Produkthaftung und die Verteilung des Haftpflichtschadens, S 28). Das beruht jedoch auf einem Mißverständnis. Zwar heißt es in BGHZ 51, 105f, die schutzwürdigen Interessen des Produzenten erlaubten es, von ihm den Nachweis seiner "Schuldlosigkeit" zu verlangen bzw, es sei sachgerecht und zumutbar, daß ihn das Risiko der Nichterweislichkeit seiner "Schuldlosigkeit" trifft. Der Senat hat aber die Beweisnot des Geschädigten, die ihn zur "Umkehrung" der Beweislast geführt hat, darin gesehen, daß dieser, müßte er das Verschulden des Produzenten beweisen, auch den "objektiven Geschehensablauf in seinen Einzelheiten aufklären" müßte, was für ihn besonders schwierig sei (aaO S 104), und weiter darin, daß er dem Richter den Sachverhalt nicht in solcher Weise darzulegen vermöge, daß dieser zuverlässig beurteilen kann, ob einerseits der Betriebsleitung ein Versäumnis vorzuwerfen ist oder ob es sich um einen von einem Arbeiter verschuldeten Fabrikationsfehler handele, oder ob es sich andererseits (vgl Weitnauer, VersR 1970, 585, 597) um einen der immer wieder einmal vorkommenden "Ausreißer" oder gar um einen "Entwicklungsfehler", der nach dem damaligen Stand der Technik und Wissenschaft unvorhersehbar war, gehandelt hat (aaO S 105). Diese Sätze des

Urteils zeigen, daß die Beweislastumkehr in dem erwähnten Umfang auch die sogenannte "äußere" Sorgfalt und damit bereits den objektiven Pflichtenverstoß umfassen sollte.

bb) Im Streitfall geht es aber nicht um einen der Fehler in der Produktion, wie dies der Senat in BGHZ 51, 91 erörtert hat, sondern um einen "Instruktionsfehler". Das Schrifttum geht weitgehend davon aus, die durch BGHZ 51, 91, 104ff geschaffene Beweisregel gelte auch für derartige Fehler (von Marschall in: Deutsche zivilrechtliche, kollisionsrechtliche und wirtschaftsrechtliche Beiträge zum X. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Budapest 1978, S 27, 40; Stoll, AcP 176, 145, 170; von Westphalen, BB 1971, 152, 154; Gottwald, Jura 1980, 303, 305; so wohl auch Lorenz, AcP 170, 367, 391). Der Bundesgerichtshof hat zu dieser Frage bisher noch nicht Stellung genommen; zu Unrecht meinen Esser/Weyers (Schuldrecht, Bd II, Teilband 2, 5. Aufl, § 55 V 3c (Fn 1227) und Leßmann (JuS 1978, 433, 434), der Senat habe im Urteil vom 11. Juli 1972 - VI ZR 194/70 - Estil - VersR 1972, 1075 - diese Grundsätze auch auf Instruktionsfehler angewendet.

Der erkennende Senat sieht keine zureichenden Sachgründe, generell den Geschädigten, der nachgewiesen hat, daß eine aus nachträglicher Sicht unzulängliche Instruktion des Herstellers bei ihm zu einem Schaden geführt hat, von der Beweisführung zu entlasten, daß diese "fehlerhafte" Instruktion auf einer Pflichtwidrigkeit des Herstellers beruht. Es mag zwar Fälle geben, in denen sich ein derart Geschädigter in ähnlicher Beweisnot befindet wie bei einer Schädigung durch Konstruktionsfehler oder Fabrikationsfehler; zuweilen kann dieser Grund, der den Senat in BGHZ 51, 91 zur Überbürdung der Beweislast auf den Hersteller veranlaßt hat, auch bei Schädigung durch einen Instruktionsfehler gegeben sein. Daß der Senat dem Geschädigten die Beweislast abgenommen hat, beruht jedoch wesentlich auf dem Gedanken, daß er Vorgänge aufklären müßte, die sich bei der Herstellung des Produkts im Betriebe des Produzenten abgespielt haben, wie sich das am deutlichsten bei Fabrikationsfehlern zeigt. Geht es aber - wie im Streitfall - darum, ob der Hersteller nach Inverkehrbringen seines Produkts durch allgemein zugängliche Veröffentlichungen und durch Erfahrungen, die dessen Benutzer mit dem Produkt inzwischen gemacht haben und die er kennen mußte, Anlaß zu Warnungen hatte, so läßt sich in aller Regel nicht sagen, der Geschädigte hätte Vorgänge aufzuklären, die sich in einem Bereich zugetragen haben, der allein dem Produzenten, nicht aber dem Benutzer zugänglich war. Infolgedessen fehlt es an einem ausreichenden Grund, die Benutzer einer Ware gegenüber deren Herstellern entgegen der nach dem Gesetz grundsätzlich geltenden Beweisregel besser zu stellen. Selbst bei Ersatzansprüchen, die aus positiver Vertragsverletzung hergeleitet werden, muß der Anspruchsteller zunächst beweisen, daß der Inanspruchgenommene den objektiven Tatbestand einer Pflichtverletzung verwirklicht hat (BGH, Urteil vom 13. Februar 1969 - VII ZR 14/67 - VersR 1969, 471; s auch Senatsurteil vom 1. Juli 1980 - VI ZR 112/79 - VersR 1980, 1027). Das aber muß erst recht im Streitfall gelten: Es ist Sache des Klägers, zunächst den

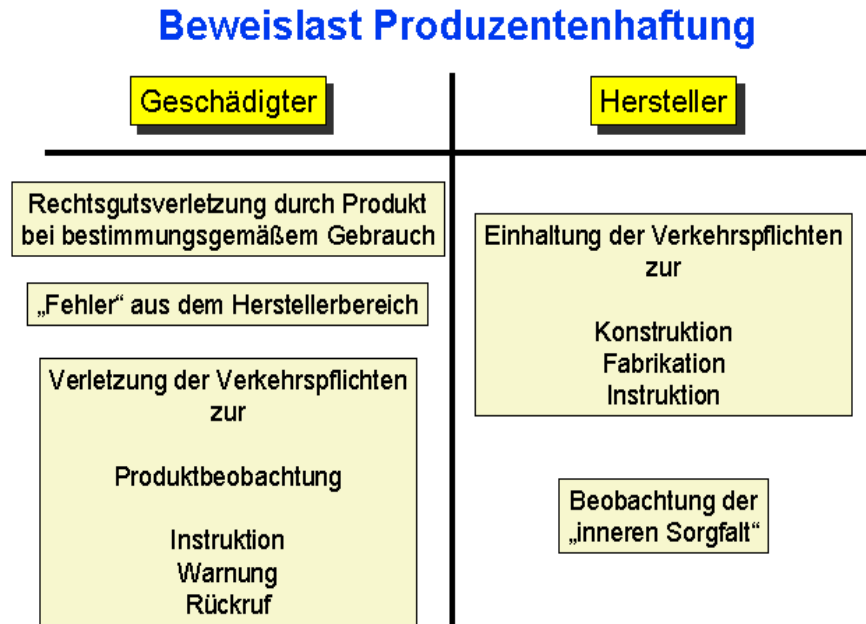


Beweis dafür zu erbringen, daß die Beklagte schon im Frühjahr 1974 nach dem damals geltenden Wissensstand die Pflicht hatte, Warnungen herauszugeben. Ein Produktgeschädigter muß, wenn er dem Hersteller lediglich einen erst nach neueren Erkenntnissen aufgedeckten "Instruktionsfehler" vorwerfen kann, den Nachweis führen, daß dieser objektiv seine Instruktionspflicht verletzt hat, muß also dem Hersteller nachweisen, daß nach dem für dessen Handeln maßgebenden Stand der Wissenschaft, der Technik usw die Gefahr erkennbar war und zumutbare Möglichkeiten der Gefahrenabwehr vorhanden waren (so mit Recht Schmidt-Salzer, Entscheidungssammlung Produkthaftung Bd II, Anm zu Nr II 68 (S 480); 7. Zivilsenat des Berufungsgerichts in VersR 1978, 1144, 1145). Hat der Geschädigte diesen Beweis geführt, dann kann er, soweit es um die Verletzung der "inneren" Sorgfalt geht, für diesen Nachweis, also für die Frage, ob dieser Hersteller die entsprechenden Erkenntnismöglichkeiten hatte oder sich hätte verschaffen müssen, von der weiteren Beweisführung entlastet werden.

b) Andere Anspruchsgrundlagen für den vom Kläger geltend gemachten Anspruch sind nicht ersichtlich. Insbesondere kann er seinen Anspruch nicht aus § 823 Abs 2 BGB in Verbindung mit § 12 Abs 1 Nr 5 des Pflanzenschutzgesetzes vom 10. Mai 1968 in der Fassung vom 27. Mai 1971 (BGBl I S 1161) herleiten. Dies hat der Senat in dem heute verkündeten Urteil im Parallelverfahren - VI ZR 286/78 - ("Benomyl") im einzelnen dargelegt. Hierauf wird Bezug genommen.

c. Beweislast in der Produzentenhaftung

Nach der Apfelschorf-Entscheidung und der späteren Klarstellung in der oben wiedergegebenen Kindertee-Entscheidung können wir folgendes Bild für die Beweislastverteilung in Produzentenhaftungsfällen zeichnen:



An der Graphik wird deutlich, dass dem Geschädigten die Beweislast dafür obliegt, dass das Produkt den Herstellungsbereich fehlerhaft verlassen hat. Diese Beweislast kann zu Unzuträglichkeiten führen. Das Produkthaftungsgesetz hat sie für seinen Bereich abgeschafft. Im Rahmen der Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB gilt sie indessen noch. Allerdings ist diese Geltung nicht unangetastet. Mit einer in Anlehnung an das Arzthaftungsrecht entwickelten Befundsicherungspflicht des Herstellers und deren Verletzung kann es auch im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB zu einer Beweislastumkehr kommen. Dies zeigt die Entscheidung des BGH zur explodierenden Limonadenflasche:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 07.06.1988, Az: VI ZR 91/87

Leitsatz

1. Für den Beweis, daß ein Produktfehler im Verantwortungsbereich des Herstellers entstanden ist, kann unter besonderen Umständen zugunsten des Geschädigten eine Beweislastumkehr in Betracht kommen, wenn der Hersteller aufgrund der ihm im Interesse des Verbrauchers auferlegten Verkehrssicherungspflicht gehalten war, das Produkt auf seine einwandfreie Beschaffenheit zu überprüfen und den Befund zu sichern, er dieser Verpflichtung aber nicht nachgekommen ist.

2. Zu den Voraussetzungen für eine derartige Befundspflicht des Herstellers (hier: Wiederverwendung von Mehrweg-Limonadenflaschen).

Orientierungssatz

1. Den Hersteller eines wegen seiner Eigenart besonders schadensgeneigten, das Risiko besonders schwerwiegender Schadensfolgen für den Verbraucher einschließenden Produktes trifft die Pflicht, das Produkt vor Inverkehrgabe auf seine einwandfreie Beschaffenheit zu prüfen und den Befund zu sichern, wenn das technisch möglich und ihm wirtschaftlich zumutbar ist (hier zur Frage der Befundspflicht des Getränkeherstellers bei Wiederverwendung dem hohen Innendruck kohlenensäurehaltiger Getränke ausgesetzter Mehrwegglasflaschen).

Fundstelle: BGHZ 104, 323-336; NJW 1988, 2611-2615; JZ 1988, 966-969

Tatbestand

Die Beklagte stellt kohlenensäurehaltige Erfrischungsgetränke her, die sie in Einheits-Mehrwegflaschen der Genossenschaft D. B. abfüllt und u.a. unter der Bezeichnung "Fri." in den Handel bringt. Die Eltern des damals drei Jahre alten Klägers bezogen am 5. September 1981 bei dem Getränkehändler F. einen aus der Produktion der Beklagten stammenden Kasten Limonade. Als der Kläger zwei Tage später, am 7. September 1981, im Keller des Wohnhauses der Eltern eine Flasche Limonade aus dem Getränkekasten nahm, zerbarst diese. Der Kläger verlor durch die Glassplitter sein rechtes Auge und büßte einen Teil der Sehkraft des linken Auges ein. Die Glasreste wurden nach dem Unfall nicht sichergestellt.

Der Kläger hat die Beklagte auf Zahlung eines Teilschmerzensgeldes in Höhe von 6.000 DM in Anspruch genommen. Er hat hierzu vorgetragen: Als Herstellerin habe die Beklagte für Gesundheitsschäden einzustehen, die bei der bestimmungsgemäßen Verwendung ihrer Produkte entstanden. Der Nachweis, daß der den Schaden verursachende Fehler nicht erst nach der Inverkehrgabe der Flasche entstanden sei, könne ihm - weil ihm praktisch unmöglich - nicht auferlegt werden. Die Vielzahl vergleichbarer Vorfälle, bei denen Flaschen mit Erzeugnissen der Klägerin oder anderer Hersteller von Mineralwasserprodukten explodiert seien, zeige, daß es sich bei dem Unfall nicht lediglich um einen "Ausreißer" gehandelt habe. Sie belege vielmehr, daß technisch mögliche Vorkehrungen in den Abfüllbetrieben nicht getroffen würden, obwohl die Gefahren dort bekannt seien.

Die Beklagte hat die Unfalldarstellung des Klägers bestritten. Nach ihrer Ansicht ist die Limonadenflasche nicht explodiert, vielmehr sei sie dem Kläger entweder aus der Hand gefallen, oder der Kläger sei mit der Flasche beim Herausholen aus dem Getränkekasten an einen anderen Gegenstand gestoßen. Die Limonadenflasche sei einwandfrei gewesen, als sie den Betrieb verlassen habe. Das gewährleiste die technische Ausstattung und die Organisation ihres Betriebs. Daß die Unfallursache wegen der nicht gesicherten Flaschenreste nicht aufzuklären sei, gehe zu Lasten des Klägers.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen und auf die im Berufungsrechtszug erhobene Widerklage der Beklagten festgestellt, daß dem Kläger keine Ansprüche aus dem Unfallgeschehen gegen die Beklagte zustehen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren und die Abweisung der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hält nicht für bewiesen, daß die Limonadenflasche bereits fehlerhaft war, als die Beklagte sie in den Verkehr gebracht hat. Der fehlende Nachweis geht nach Auffassung des Berufungsgerichts zu Lasten des Klägers. Es hat hierzu im wesentlichen ausgeführt: Die von der Rechtsprechung für die Produzentenhaftung entwickelte Beweislastumkehr erstrecke sich weder auf die Fehlerhaftigkeit des Produkts noch auf die haftungsbegründende Kausalität zwischen Fehler und Schaden, sondern beziehe sich ausschließlich auf das Verschulden. Auch die Beweiserleichterungen nach den Regeln des Anscheinsbeweises kämen nicht zur Anwendung. Zwar scheidet unsachgemäßes Hantieren durch den Kläger aus. Nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. Sch. sei vielmehr entweder ein zu hoher Innendruck infolge zu geringer Befüllung der Flasche oder ein bereits vorhandener Riß im Glas, der durch eine geringe Erhöhung des Innendrucks infolge der Bewegung des Füllguts bei der Entnahme der Flasche aus dem Kasten zum Bruch der Flasche geführt habe, als Unfallursache anzunehmen. Jedoch könne nicht ausgeschlossen werden, daß eine Beschädigung der Flasche, wie sie hier als auslösender Faktor für das Zerbersten der Flasche in Betracht komme, erst verursacht worden sei, nachdem sie von der Beklagten letztmalig in den Verkehr gebracht worden sei. Somit befände sich der Kläger zwar in der typischen Beweisnot eines Verbrauchers, der durch ein Produkt aus einer längeren Herstellungs- und Vertriebskette Schaden nehme. Beweiserleichterungen könnten dem Geschädigten indes in diesen Fällen für den Kausalitätsnachweis nicht zugute kommen. Das liefe auf eine dem geltenden Recht fremde Gefährdungshaftung des Herstellers hinaus, da auch dieser den Gegenbeweis praktisch nicht führen könne.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer rechtlichen Prüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Das Berufungsgericht zieht ersichtlich eine Haftung der Beklagten nur für den Fall in Betracht, daß die beiden nach den Feststellungen des Sachverständigen für das Zerbersten der Limonadenflasche in Frage kommenden Ursachen - ein überhöhter Innendruck infolge zu geringer Befüllung oder eine Ribbeschädigung im Hohlglas - schon bei Inverkehrgabe der Flasche durch den Beklagten vorgelegen haben. Damit wird der haftungsrechtliche Ansatz von dem Berufungsgericht zu sehr verkürzt. Im gegenwärtigen Verfahrensstand ist nicht auszuschließen, daß die Beklagte für das Zerbersten der Limonadenflasche jedenfalls mit einer Intensität, wie sie hier zu so schweren Verletzungen führt, als Herstellerin auch dann verantwortlich ist, wenn die unmittelbare Ursache dafür ein Haarriß gewesen ist, der erst nach ihrer Inverkehrgabe durch die Beklagte auf dem Vertriebsweg zu dem Kläger im Glas aufgetreten ist. In diesem Fall käme es auf die von dem Berufungsgericht in den Mittelpunkt gestellte Frage nach der Beweislast für das Vorliegen oder Fehlen der erwähnten Mängel im Zeitpunkt der Inverkehrgabe der Flasche nicht an.

a) Als Herstellerin der kohlenensäurehaltigen Limonade ist die Beklagte nach Deliktgrundsätzen verpflichtet, in den Grenzen des technisch Möglichen und ihr wirtschaftlich Zumutbaren dafür zu sorgen, daß der Verbraucher durch ihr Erzeugnis keine Gesundheitsschäden erleidet. Dazu gehört nicht nur die Sorge für die Verträglichkeit des von ihr hergestellten Getränks; vielmehr ist sie auch dafür verantwortlich, daß die Behältnisse, in denen sie ihre Limonade in den Handel gibt, nicht zu Verletzungen führen, sei es beim Verbraucher, sei es bei anderen mit dem Transport befaßten Personen (vgl. Senatsurteil vom 28. Februar 1967 - VI ZR 14/65 = VersR 1967, 498 - Plastikmassebehälter; BGH, Urteil vom 28. April 1976 - VIII ZR 244/74 = VersR 1976, 882 - Batterie). Das gilt auch für die Gefahr des Explodierens der von der Beklagten für ihr Produkt gewählten Glasflasche infolge eines Materialfehlers oder zu hohen Innendrucks, das - wie der Streitfall zeigt - zu schwersten Verletzungen führen kann. Derartige Unfälle sind zwar gemessen an dem hohen Getränkeumsatz und der Gebräuchlichkeit derartiger Limonadenflaschen - auch als Einheits-Mehrwegflaschen - selten; sie kommen aber, wie die Gerichtspraxis zeigt und der Sachverständige bestätigt hat, immer wieder vor und sind der Getränkeindustrie seit langem als spezifisches Produktrisiko bekannt.

Diesem Risiko hat die Beklagte im Rahmen des technisch Möglichen und ihr wirtschaftlich Zumutbaren zu begegnen. Ihre Verantwortlichkeit wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß sie neben gebrauchten Flaschen, die sie für die Neubefüllung aufbereitet, von der Genossenschaft D. B. bezogene fabrikneue Glas-Mehrwegflaschen zur Abfüllung der Limonade verwendet. Auch hinsichtlich dieser Neuflaschen übernimmt sie mit der Verwendung die Produktverantwortung; auch insoweit hat sie deshalb dafür zu sorgen, daß die Flaschen bei ihrer Auslieferung den Anforderungen von Transport und bestimmungsgemäßem Gebrauch durch den Abnehmer genügen. Es handelt sich bei der Beklagten auch nicht um einen reinen Abfüllbetrieb, für den die Verantwortlichkeit für die

Verwendung der Flaschen anders zu beurteilen sein kann (vgl. Senatsbeschluß vom 7. März 1978 - VI ZR 143/77 = VersR 1978, 550). Sie entscheidet über die Zusammensetzung des Getränks, insbesondere über die den Innendruck bestimmende Kohlensäurevernetzung, sowie über Art, Bezug und Verwendung des gewählten Verpackungsmaterials. Deshalb trägt sie nicht nur die Verantwortung dafür, daß Material und Innendruck, unter dem die Flaschen nach der Befüllung stehen, aufeinander abgestimmt sind, sondern auch dafür, daß die Flaschen nach ihrer Beschaffenheit denjenigen Beanspruchungen durch Handel und Verbraucher, mit denen gerechnet werden muß, gewachsen sind. Mängel, die nach den Feststellungen des Sachverständigen hier für die Augenverletzungen des Klägers in Frage stehen, sind von der Beklagten nach Möglichkeit durch geeignete Fertigungsmethoden und Kontrollen auszuschließen.

b) Dabei muß die Beklagte in Rechnung stellen, daß die Flaschen, selbst wenn sie im Zeitpunkt der Auslieferung aus dem Herstellerbetrieb unbeschädigt sind, auf dem Weg zu dem Verbraucher ihre Berstsicherheit durch Beschädigung des Glases verlieren können. Denn Einwirkungen wie Stoß, Druck, Hitze, Kälte u.ä. muß das Produkt nicht nur bei normalem, d.h. bestimmungsgemäßem Gebrauch gewachsen sein, sondern solche Flaschen müssen auch dem vorhersehbaren üblichen Umgang standhalten (vgl. OLG Frankfurt, VersR 1985, 890; Borer Produktheftung: Der Fehlerbegriff nach deutschem, amerikanischem und europäischem Recht, 1986, S. 26). Allerdings kann von dem Hersteller nicht verlangt werden, für alle Fälle eines unsorgfältigen Umgangs mit der Getränkeflasche Vorsorge zu treffen. Die Grenze für die ihn treffende Gefahrenvorsorge wird dann überschritten, wenn der unsachgemäße Umgang außerhalb des üblichen Erfahrungsbereichs liegt. In Rechnung stellen muß aber die Beklagte nicht nur die oft erhebliche Länge des Weges bis zu dem Verbraucher und die zeitliche Dauer bis zum Verzehr des Getränks und die damit verbundenen Unwägbarkeiten der Beanspruchung der Flaschen, sondern auch den sehr großen Kreis einer Verbraucherschaft ganz unterschiedlicher Zusammensetzung. Sie kann nicht damit rechnen, daß bei Transport und Lagerung mit den Flaschen stets in verständiger, schonender Weise umgegangen wird.

c) Freilich kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden, daß sie überhaupt für ihre Limonade Mehrwegflaschen aus Glas verwendet, für die eine Verletzungsgefahr insbesondere bei unvorsichtigem Umgang von Handel oder Verbraucherschaft nie ganz ausgeschlossen werden kann. Grundsätzlich kann die Beklagte den Schutz vor den Verletzungsgefahren von Glasbruch der Selbstvorsorge des Verwenders überlassen, schon weil dieser ebenfalls die normalen Risiken des Materials in Rechnung stellen kann. Gleiches kann aber nicht für das Risiko eines explosionsartigen Zerberstens der Flasche gelten, wie es sich hier verwirklicht hat. Der durchschnittliche Verbraucher rechnet mit dieser Gefahr nicht; auch ein entsprechender Hinweis auf der Flasche dürfte die Verbrauchererwartung in dieser Hinsicht nicht nachhaltig verändern. Er kann sich vor ihr, wenn die Flasche schon vorgeschädigt ist oder unter zu hohem Innendruck

steht, im allgemeinen auch nicht durch vorsichtiges Hantieren schützen. Die schweren Verletzungen, die gerade wegen des explosiven Zersplitters des Glases eintreten können, stehen außer jedem Verhältnis zu den Belastungen, die dem Verbraucher im Umgang mit einem Produkt als sein allgemeines Lebensrisiko zugemutet werden können. Allerdings spricht nach den bisher in den Rechtsstreit eingeführten Daten viel dafür, daß - gesehen auf die große Zahl der von den Getränkeherstellern kohlenensäurehaltiger Getränke benutzten Mehrwegflaschen derselben Beschaffenheit - Unfälle mit wegen einer Vorschädigung im Glas zerplatzenden Flaschen sehr selten sind, so daß nicht schon wegen des generellen Gefahrenpotentials von Mehrwegflaschen rechtliche Bedenken gegen ihre Zulässigkeit bestehen. Andererseits können die spezifischen Risiken eines explosionsartigen Zerberstens nicht schon deshalb vom Hersteller unbeachtet gelassen werden; dazu sind die Folgen zu schwer. Vielmehr muß der Getränkehersteller als verpflichtet angesehen werden, im Rahmen des ihm wirtschaftlich Zumutbaren und technisch Möglichen - sei es, was der Sachverständige im Streitfall angedeutet hat, durch ein wesentliches Herabsetzen des Vernetzungsdruckes, sei es durch eine weniger bruchgefährliche Gestaltung der Flasche, durch einem Überdruck vorbeugende Verschlüsse oder andere Maßnahmen - solche spezifische Gefahren mit ihren schweren Verletzungen möglichst auszuschalten.

d) Für den Streitfall bedeutet das, daß das Berufungsgericht zunächst der Frage nachzugehen hat, ob und inwieweit die Beklagte in dem hier maßgeblichen Zeitraum, in dem die Flasche von ihr in den Verkehr gegeben worden ist, derartige Vorkerkehrungen gegen ein explosionsartiges Zerbersten ihrer Flaschen im Falle einer Vorschädigung ihres Glases - sei es auch erst auf dem Transport zum Verbraucher - zugemutet werden konnten. Bei der Beurteilung des wirtschaftlich Zumutbaren werden u.a. die Verbrauchergewohnheiten und die Absatzchancen für ein entsprechend verändertes Produkt zu berücksichtigen sein, andererseits aber auch der Umstand, daß den wirtschaftlichen Gesichtspunkten elementare Sicherheitsbedürfnisse des Verbrauchers gegenüberstehen. Die Darlegungs- und Beweislast für die Möglichkeit und Zumutbarkeit einer solchen Fertigung, die das explosive Bersten von Limonadenflaschen ausschließt, und die dahingehende Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch die Beklagte trifft den Kläger, ohne daß ihm hier Beweiserleichterungen zugute kämen. Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen, daß auf diese Weise derartige Explosionsrisiken von der Beklagten bereits damals ausgeschlossen werden konnten und daß sich die Beklagte diesen Möglichkeiten trotz des in der Branche seit langem bekannten Risikos fahrlässig verschlossen hat, so steht damit fest, daß sie für die Verletzung des Klägers verantwortlich ist, auch wenn die Flasche nicht wegen eines überhöhten Innendruckes infolge zu geringer Befüllung, sondern wegen einer Beschädigung des Glases, sei es auch erst auf dem Transport zum Verbraucher, zerborsten ist.

2. Nur wenn eine Verpflichtung der Beklagten zu derartigen Vorkehrungen für einen Ausschluß des vorgenannten Risikos für den hier maßgeblichen Zeitpunkt der Inverkehrgabe der Flasche zu verneinen wäre, käme es für eine Haftung der Beklagten auf die von dem Berufungsgericht in den Mittelpunkt seiner Erörterung gestellte Frage an, ob neben der Möglichkeit eines überhöhten Innendrucks infolge zu geringer Befüllung, für die ein Fabrikationsfehler der Beklagten außer Frage stehen würde, auch die andere mögliche Schadensursache, eine Rißschädigung im Glas der Flasche, bereits im Produktionsbereich der Beklagten bestanden hat, d.h. ob die Flasche bei ihrer Inverkehrgabe schon den Mangel aufgewiesen hat, der die Explosion ausgelöst hat. Auch insoweit halten indes die Ausführungen des Berufungsgerichts den Angriffen der Revision nicht durchweg stand.

a) Ohne Verfahrensverstöß vermag das Berufungsgericht nicht auszuschließen, daß die Limonadenflasche, um die es geht, in Ordnung gewesen ist, als sie von der Beklagten in den Vertrieb gegeben worden ist.

aa) Ohne Erfolg beruft sich die Revision für den Nachweis, daß der zum Bruch der Flasche führende Fehler bereits im Zeitpunkt ihres Inverkehrbringens vorlag, auf die Regeln des Anscheinsbeweises. Der Kläger sieht die Typizität des Geschehensablaufs, die Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Beweiserleichterung ist und die grundsätzlich auch für den Nachweis eines Produktfehlers in Betracht kommt (vgl. Senatsurteil vom 27. September 1957 VI ZR 139/56 = VersR 1958, 107 - Betondecken und vom 2. Dezember 1986 - VI ZR 242/85 = VersR 1987, 587 - Putenfutter), zum einen darin, daß es bei von der Beklagten vertriebenen Limonadenflaschen - wie auch bei Limonaden- und Sprudelflaschen anderer Hersteller - in der Vergangenheit wiederholt zu ähnlichen Unfällen gekommen sei, die Beklagte jedoch keine Vorsorge für eine ausreichende Kontrolle der von ihr in den Verkehr gegebenen Flaschen getroffen habe; zum anderen hält der Kläger die Voraussetzungen des Anscheinsbeweises deswegen für gegeben, weil die Beklagte eine ernsthafte Möglichkeit der Beschädigung der Limonadenflasche nach Verlassen ihres Betriebes weder dargetan noch bewiesen habe.

Wie der Senat wiederholt ausgeführt hat (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 2. Dezember 1986 aaO m.w.N.), helfen die Regeln des Anscheinsbeweises dann nicht, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, daß der gefahrbringende Zustand erst entstanden ist, nachdem das Produkt den Herstellungsbetrieb verlassen hat. Gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts, nach denen nicht auszuschließen ist, daß eine Schädigung der Flasche verursacht worden ist, nachdem sie von der Beklagten letztmalig in Verkehr gebracht wurde, ist nichts zu erinnern. Es bleibt die Möglichkeit, daß ein Dritter, für den der Produzent nicht einzustehen hat - wie Zwischen- oder Einzelhändler -, die Limonadenflasche durch unsachgemäße Handhabung vorgeschädigt hat.

bb) Auch soweit die Revision sich darauf beruft, daß durch das schädigende Ereignis das Produkt selbst zerstört und dadurch die Ursache für



Beweisschwierigkeiten im Bereich der Beklagten gesetzt worden sei, führt dies nicht zu den angestrebten Beweiserleichterungen. Von einer Beweisvereitelung durch die Beklagte kann schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil nicht auszuschließen ist, daß nicht die Beklagte, sondern ein anderer für das Zerbersten der Flasche und die damit einhergehende Vernichtung des Beweismittels verantwortlich ist.

cc) Auch die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung vor allem für den Bereich der Arzthaftung zugelassene Beweislastumkehr bei grobem Behandlungsfehler hilft hier dem Kläger nicht weiter. Diese Rechtsprechung beruht darauf, daß das vom Behandlungsfehler in das Behandlungsgeschehen hineingetragene Aufklärungserschweris darin liegt, daß das Spektrum der für den Mißerfolg in Betracht kommenden Ursachen gerade wegen der besonderen Schadensneigung des Fehlers verbreitert bzw. verschoben worden ist und wegen des groben Verstoßes der Mißerfolg der Behandlung besonders nahe liegt (vgl. Senatsurteil vom 21. September 1982 - VI ZR 302/80 = BGHZ 85, 212 = VersR 1982, 1193 m.w.N.). An einer mit einem groben Behandlungsfehler vergleichbaren Situation fehlt es hier. Die Wiederverwendung gebrauchter Limonadenflaschen ohne ausreichende Kontrolle auf Vorschädigung stellt sich nicht als solch elementarer Fehler dar, daß schon aus diesem Grunde Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr gerechtfertigt wären. Denn immerhin hat die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts eine gewisse Auslese dadurch getroffen, daß sie die Getränkeflaschen unter einen Vorspanndruck von 6,0 bar gebracht hat.

b) Kommt es deshalb im Streitfall darauf an, welche Partei mit den Nachteilen der Nichtaufklärbarkeit der genauen Fehlerursache und des Zeitpunkts ihres Entstehens belastet ist, dann ist dem Berufungsgericht im Ausgangspunkt zwar darin zu folgen, daß es grundsätzlich Sache des Klägers ist, nicht nur den Fehler des Produkts und seine Ursächlichkeit für den Verletzungsschaden, sondern auch zu beweisen, daß der in Frage stehende Produktmangel aus dem Herstellerbereich stammt, der von der Beklagten zu verantworten ist. Eine Erstreckung der Grundsätze zur Beweislastumkehr für das Verschulden auf den objektiven Zurechnungszusammenhang ist bisher stets abgelehnt worden (vgl. zuletzt Senatsurteile vom 2. Dezember 1986 aaO und vom 18. Januar 1983 - VI ZR 208/80 = VersR 1983, 375 - Muscheln II - m.w.N.; Baumgärtel JA 1984, 660, 667; Brüggemeier WM 1982, 1294, 1330; Diederichsen VersR 1984, 797; Lorenz AcP 170, 367, 380; Kullmann/Pfister, Produzentenhaftung, Kennzahl 1526 I. 2 b, IV. 3 a, aa 1.; MünchKomm./Mertens, 2. Aufl., § 823 Rdn. 308; aA OLG Frankfurt VersR 1980, 144 und Loewenheim NJW 1969, 1754, 1756). Eine generelle Beweislastumkehr würde die Deliktshaftung des Herstellers zu einer Erfolgseinstandshaftung machen, für die es einer besonderen materiell-rechtlichen Legitimierung bedarf.

Indes folgt daraus nicht, daß Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr für die Zuordnung eines schädlichen Produktfehlers im Herstellerbetrieb stets auszuschließen sind, wie das Berufungsgericht annimmt.

Die Einwände gegen eine vom Hersteller zu entkräftende Kausalitätsvermutung verlieren u.a. dann ausnahmsweise weithin an Gewicht, wenn der festgestellte Mangel des Produkts typischerweise aus dem Bereich des Herstellers stammt, dieser gerade deshalb - und weil er zur Vermeidung schwerer Schadensfolgen ein derartiges Risiko nach Möglichkeit auszuschließen hat - zum Schutz des Verbrauchers verpflichtet ist, sich über das Freisein des Produkts von solchen Mängeln vor Inverkehrgabe zuverlässig zu vergewissern, und der Geschädigte nachgewiesen hat, daß der Hersteller diese "Statussicherung" über den mangelfreien Zustand des Produkts nur unzureichend vorgenommen hat. In einem derartigen Falle wird die materielle Pflichtenstellung nicht wesentlich zu Lasten des Herstellers verändert, wenn er - sozusagen in Fortführung seiner Pflicht zu der von ihm versäumten "Statussicherung" - nachweisen muß, daß der Mangel erst nach Inverkehrgabe des Produkts durch ihn entstanden ist. Er würde sich treuwidrig verhalten, wenn er sich im Prozeß zu seiner Entlastung auf das Fehlen von Daten für den Zeitpunkt der Inverkehrgabe des Produkts berufen könnte, um die sich zu sorgen ihm zum Schutz des Verbrauchers materiell-rechtlich gerade aufgegeben war.

aa) Mit der Eröffnung einer solchen Möglichkeit der Beweislastumkehr beim Kausalitätsnachweis auch im Bereich der Produzentenhaftung knüpft der Senat an von ihm bisher schon entwickelte Grundsätze für Beweiserleichterungen im Deliktsrecht an. Dabei wird davon ausgegangen, daß nicht jede Pflichtwidrigkeit, die zur Unaufklärbarkeit des Schadenshergangs führt, schon dem Schädiger anzulasten ist. Eine allgemeine Regel, daß das Aufklärungsrisiko demjenigen voll zur Last fällt, der es durch seine Pflichtwidrigkeit geschaffen hat, läßt sich nicht halten (vgl. Senatsurteil vom 4. Oktober 1983 - VI ZR 98/82 = VersR 1984, 40, 41 und BGH, Urteil vom 5. Juli 1973 - VII ZR 12/73 = BGHZ 61, 118, 121; Gottwald, Karlsruher Forum 1986, S. 16). Würde sich ein von der Beklagten zu verantwortendes Unterlassen ausreichender Kontrolle der wiederverwendeten gebrauchten Getränkeflaschen auf Berstsicherheit lediglich als Verletzung ihrer allgemeinen Verkehrspflicht darstellen, ein Produkt herzustellen, das ohne Schaden für die Gesundheit verwendet werden kann, so bestünde kein Anlaß, dem Kläger als Geschädigten allein wegen dieses Verstoßes der Beklagten gegen die ihr obliegende Verhaltenspflicht die Beweislast für die Ursächlichkeit der unterlassenen Kontrolle an dem Unfall anzulasten (vgl. Senatsurteil vom 4. Oktober 1983 aaO).

bb) Anderes kann jedoch in Betracht kommen, wenn die Pflicht des Herstellers zur Gefahrenabwehr gezielt auf Erhebungen zur Aufhellung eines unklaren Zustands oder einer ungeklärten Beschaffenheit des Produkts gerichtet ist, die dem Hersteller zum Schutz der Verwender gerade deshalb aufgegeben ist, um durch eine genaue Ermittlung und Sicherung des Status sich rechtzeitig über das Freisein

von Produktgefahren zu vergewissern, die typischerweise das Produkt belasten und die nach Inverkehrgabe des Produkts durch den Hersteller nicht mehr aufzudecken sind. Ist der Hersteller in diesem Sinne zur Erhebung und Sicherung der Daten über den Zustand des Produkts verpflichtet, weil er den Verwender mit einem ungeklärten Status und darin verborgenen Gefahren nicht belasten darf, dann verändert es die materielle Pflichtenstellung des Herstellers nicht, sondern bestätigt sie, wenn ihm, weil er diese Pflicht zur Statussicherung verletzt hat, im Prozeß die Beweislast dafür auferlegt wird, daß pflichtgemäße Befunderhebung im Zeitpunkt der Prüfung einen einwandfreien Zustand des Produkts ergeben haben würde. Insoweit geht es um einen vergleichbaren Interessenskonflikt wie in den Fällen, in denen dem Arzt zum Schutz seines Patienten aufgegeben ist, Befunde zu sichern, um sich rechtzeitig Klarheit über einen Krankheitszustand zu verschaffen, die zur Vermeidung gefährlicher Entwicklungen erforderlich und die nachträglich nicht mehr zu erlangen sind. Auch in diesen Fällen hat der erkennende Senat dem Arzt, der diese Befundsicherung schuldhaft unterläßt, die Beweislast für den Verlauf auferlegt, wenn dadurch die Aufklärung eines immerhin wahrscheinlichen Ursachenzusammenhangs zwischen dem ärztlichen Behandlungsfehler und dem Gesundheitsschaden erschwert oder vereitelt wird und die Befundsicherung gerade wegen des erhöhten Risikos des in Frage stehenden Verlaufs geschuldet war (vgl. Senatsurteile vom 25. Januar 1983 - VI ZR 24/82 = VersR 1983, 441 Trinkwasser -, vom 3. Februar 1987 - VI ZR 46/86 = BGHZ 99, 391 = VersR 1987, 1089, 1091 m.w.N. und vom 19. Mai 1987 - VI ZR 167/86 = VersR 1987, 1092). Der diesen Entscheidungen zugrundeliegende allgemeine Rechtsgedanke kann für Fallgestaltungen, wie sie oben näher umschrieben sind, auch in der Herstellerhaftung ausnahmsweise zu Beweiserleichterungen des Verwenders für den Ursachenzusammenhang bis zur Beweislastumkehr zu Lasten des Herstellers führen.

cc) Die Voraussetzungen für eine Anwendung der Grundsätze zur Beweislastumkehr sind nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalt hier erfüllt. Die Beklagte hat mit der Einheits-Mehrwegflasche ein Produkt in den Verkehr gebracht, das wegen seiner Eigenart (Glasbehälter, der mehrfach verwendet wird und unter starkem Innendruck steht) eine besondere Schadenstendenz aufweist. Für solche Getränkeflaschen, bei denen nach dem - oft mehrfachen und langjährigen - Vorgebrauch eine Vorschädigung und die damit verbundene Berstgefahr nicht auszuschließen ist, trifft die Beklagte als Herstellerin die Prüfungs- und Befundsicherungspflicht dahin, den Zustand des Glases jeder Flasche vor ihrer Inverkehrgabe auf seine Berstsicherheit hin zu ermitteln und sich darüber zu vergewissern, daß nur unbeschädigte Flaschen den Herstellerbetrieb verlassen. Denn wenn der Getränkehersteller in Fällen wie hier nicht nur neue, sondern auch u.a. schon mehrfach gebrauchte Glasflaschen verwendet, dann fehlt ihm ohne solche Befundsicherung jede Grundlage für die Beurteilung, in welchem Zustand sich das Glas befindet und ob und inwieweit es nicht nur dem hohen Innendruck, dem es ausgesetzt wird, sondern auch den erheblichen Beanspruchungen auf dem Weg der Flaschen zum Verbraucher, mit denen der

Hersteller rechnen muß, gewachsen ist. Gerade weil aus einer Vorschädigung des Glases wegen des spezifischen Berstrisikos schwere Gesundheitsschäden erwachsen können und das Risiko einer derartigen Glasbeschädigung bei der Verwendung schon mehrfach gebrauchter Flaschen erhöht ist, hat der Hersteller grundsätzlich diese Pflicht, über den ihm nicht bekannten Zustand der Flasche Erhebungen anzustellen, die ihm und dem Verwender Auskunft über die Berstsicherheit des Hohlglases verschaffen.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war eine vollständige Aussonderung bereits geschädigter Flaschen im Betrieb der Beklagten nicht gewährleistet; insbesondere stellte die kurzfristige Belastung der Flaschen mit einem Vorspanndruck von 6,0 bar keine ausreichende Kontrolle dar. Danach kommt ein Verstoß der Beklagten gegen eine Befundsicherungspflicht mit den dargelegten Möglichkeiten für eine Beweislastumkehr in Betracht. Voraussetzung dieser Pflicht zur "Statussicherung" ist allerdings, daß eine zuverlässige Aussonderung vorgeschädigter Flaschen insoweit technisch möglich und der Beklagten wirtschaftlich zuzumuten sind; dies ist zwar revisionsmäßig zu unterstellen, bisher aber noch nicht hinreichend geklärt. Bestand eine solche Prüfungs- und Befundsicherungspflicht, so ist, wenn es wegen eines Haarrisses im Glas zur Explosion der Getränkeflasche gekommen ist, bis zum Beweis des Gegenteils durch die Beklagte davon auszugehen, daß die Vorschädigung schon vor der Inverkehrgabe der Flasche bestanden hat und bei ordnungsmäßiger Befundsicherung erkannt worden wäre (vgl. v. Bar, Verkehrspflichten, 1980, 282, 295).

III. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird - gegebenenfalls nach erneuter Anhörung der Parteien und sachverständiger Beratung - aufzuklären haben, ob die Beklagte durch zumutbare Maßnahmen schon bei der Herstellung des Produkts - der Limonade - die Explosion von Getränkeflaschen in Verbraucherhand auch im Falle einer Beschädigung des Glases ausschließen konnte oder aber, falls ihr dies nicht möglich und zumutbar war, ob sie durch geeignete und zumutbare Kontrollen und Befundsicherung ausschließen konnte, daß vorgeschädigte Flaschen wieder in den Verkehr gebracht werden. In diesem Falle trifft die Beklagte als Herstellerin die Beweislast dafür, daß das Unterbleiben derartiger Kontrollen und der Statussicherung für den eingetretenen Schaden ohne Bedeutung ist. War dagegen im damaligen Zeitpunkt von der Beklagten eine derartige "Statussicherung" nicht zu verlangen, dann fällt dem Kläger die Nichtaufklärbarkeit der genauen Schadensursache zur Last.

Im übrigen aber bleibt es bei der Beweislast des Geschädigten für die Kausalität zwischen dem einem Produzenten vorgehaltenen Fehler (genauer: der Verkehrspflichtverletzung des Produzenten) und der Rechtsgutsverletzung des Geschädigten. Auch das stellt die Kindertee-Entscheidung klar:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 12.11.1991, Az: VI ZR 7/91

Leitsatz

3. Die im Arzthaftungsprozeß beim Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers anerkannte Beweiserleichterung für den Geschädigten zur Führung des Kausalitätsbeweises (zwischen Behandlungsfehler und Rechtsgutverletzung) ist im Produkthaftungsprozeß in Fällen der Verletzung von Warnpflichten durch einen Hersteller nicht anzuwenden, wenn nachgewiesen werden soll, daß überhaupt Schäden durch die Produktbenutzung eingetreten sind.

Fundstelle: BGHZ 116, 60-77; NJW 1992, 560-564

Aus den Entscheidungsgründen:

Auch der Revision des Klägers muß der Erfolg versagt bleiben. Die Revision des Klägers wendet sich gegen die Abweisung seiner Klage, soweit er Schadensersatz wegen der Kariesschäden an den Milchfrontzähnen im Unterkiefer begehrt. Das Berufungsgericht konnte sich insoweit nicht von einem Ursachenzusammenhang zwischen dem "Dauernuckeln" mit dem Teegetränk und der Schädigung überzeugen.

1. Die Beweiswürdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Revisionsrechtlich nachprüfbar ist jedoch, ob sich der Tatrichter gemäß § 286 ZPO mit dem Inhalt der Verhandlungen und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung mithin vollständig ist und nicht gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstößt (Senatsurteil vom 22. Januar 1991 - VI ZR 97/90 - VersR 1991, 566). Insoweit sind jedoch Rechtsfehler nicht festzustellen. Das Berufungsgericht hat sich mit den Aussagen des Sachverständigen Dr. E. auseinandergesetzt und auch die Feststellung des Sachverständigen Prof. Dr. Wetzel in der Zusammenfassung seines Gutachtens aus dem Beweissicherungsverfahren gewürdigt, der darin keinen Zweifel geäußert hat, daß auch der kariöse Zerstörungstyp der beiden Zähne im Unterkiefer des Klägers dem NURSING-BOTTLE-SYNDROM entspricht. Das Berufungsgericht mußte nicht zu dem Ergebnis gelangen, die Zahnschäden im Unterkiefer des Klägers seien ebenfalls auf den Genuß des Tees der Beklagten zurückzuführen. Denn der Sachverständige Dr. E. hatte überzeugend dargelegt, daß und warum vornehmlich die Milchfrontzähne im Oberkiefer durch den Genuß gesüßten Tees über die Nuckelflasche geschädigt worden sind. Darüberhinaus hatte aber auch Prof. Dr. Wetzel, der - wie die Revision nicht verkennt - ebenfalls davon ausgeht, daß das NURSING-BOTTLE-SYNDROM zunächst bevorzugt an den Oberkieferfrontzähnen auftritt, in seinem Gutachten im Beweissicherungsverfahren andere mögliche Ursachen für die kariöse Erkrankung der Zähne des Klägers genannt, nämlich die Verabreichung des ebenfalls stark zuckerhaltigen "Milumil" aus der Saugerflasche bis zum Alter von 3 1/2 Jahren und die Neigung der Eltern, den Kläger mit zuckrigen und klebrigen Nahrungsmitteln (zuckerhaltige Cornflakes, Schokoriegel, Limonade usw.) zu

ernähren. Hinzu kommt weiter noch, daß der Kläger nur bis zum Alter von 4 1/2 Jahren zuckerhaltige Instant-Tees der Beklagten erhielt, aber erst im Alter von 5 3/4 Jahren anlässlich eines Zahnarztbesuches der Befall der unteren mittleren Schneidezähne 71, 81 mit Karies festgestellt worden ist. Wenn das Berufungsgericht aufgrund all dieser Umstände Zweifel an der Ursächlichkeit der Teeverabreichung für die Zahnschäden am Unterkiefer des Klägers hatte, so ist dagegen aus Rechtsgründen nichts zu erinnern.

2. Die Abweisung dieses Teiles der Klage durch das Berufungsgericht beruht entgegen der Ansicht der Revision auch nicht auf einer Verkennung der Beweislast.

Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Kläger für den behaupteten Ursachenzusammenhang zwischen der Karieserkrankung und dem "Dauernuckeln" der Teeprodukte der Beklagten beweispflichtig ist. Der Revision kann nicht darin gefolgt werden, daß die im Arzthaftungsprozeß anerkannten Beweiserleichterungen für den Kausalitätsbeweis bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers (vgl. z.B. BGHZ 85, 212) auf Fälle der vorliegenden Art anzuwenden sind. In jenen Fällen liegt der Bejahung von Beweiserleichterungen für den geschädigten Patienten die Erwägung zugrunde, daß das Spektrum der für den Mißerfolg der ärztlichen Behandlung in Betracht kommenden Ursachen gerade wegen der elementaren Bedeutung des Fehlers in besonderem Maße verbreitert bzw. verschoben worden ist. Es entspricht deshalb der Billigkeit, die durch den Fehler in das Geschehen hineingetragene Aufklärungserschwerung nicht dem Geschädigten anzulasten (BGHZ 85, 212, 216). Damit sind Fallgestaltungen, wie sie hier vorliegen, nicht vergleichbar. Hier geht es darum, ob die Karieserkrankung des Klägers durch die Verwendung des Teegetränks im Übermaß als "Dauernuckel" durch die Eltern, wovon die Beklagte zu warnen hatte, verursacht worden ist. Der Fehler der Beklagten hat in Bezug auf die durch ihn in das Geschehen hineingetragene Aufklärungserschwerung nicht den Stellenwert eines groben Behandlungsfehlers, d.h. eines Fehlers, der aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich und verantwortbar erscheint (Senatsurteil vom 10. Mai 1983 - VI ZR 270/81 - VersR 1983, 729, 730).

3. Der Revision kann auch nicht darin gefolgt werden, die Abweisung der Klage beruhe auf einer Verletzung des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Nach dieser Vorschrift soll ein Ersatzanspruch des Geschädigten nicht daran scheitern, daß sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat. Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschrift ist, daß mehrere Personen sich so verhalten haben, daß jede von ihnen in deliktisch verantwortlicher Weise den gesamten Schaden allein verursacht haben kann, aber nicht zu klären ist, welcher von ihnen (Verursachungszweifel) den Schaden tatsächlich verursacht hat, oder in welchem Umfang die einzelnen Beteiligten (Anteilszweifel) als Schadensverursacher in Betracht kommen. Um solche Kausalitätszweifel gegenüber mehreren als Ersatzpflichtige in Betracht

kommenen Beteiligten geht es hier jedoch nicht. Im Streitfall ist allein zweifelhaft, ob die Zahnschäden im Unterkiefer durch zuckerhaltigen Tee der Beklagten entstanden sind oder durch andere Einwirkungen, für die es einen verantwortlichen Schädiger nicht gibt.

### 3. Gefährdungshaftung für fehlerhafte Produkte

Die Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz enthält eine Gefährdungshaftung für fehlerhafte Produkte. Die Haftung knüpft nicht an ein Fehlverhalten des Herstellers an, sondern an die Fehlerhaftigkeit des Produkts im Zeitpunkt des Inverkehrbringens. Dem Geschädigten obliegt allein der Nachweis der Fehlerhaftigkeit des Produkts und einer bei ihm aufgrund der Fehlerhaftigkeit eingetretenen Rechtsgutsverletzung. Hersteller, Quasihersteller und Importeur können sich dann von ihrer Haftung dadurch befreien, dass sie nachweisen, dass

- sie das Produkt nicht in Verkehr gebracht haben,
- sie ein fehlerfreies Produkt in den Verkehr gebracht haben,
- das Produkt nicht zum Vertrieb hergestellt worden ist,
- der Fehler auf der Einhaltung zwingender Rechtsvorschriften beruht,
- der Fehler nach dem Stand von Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt des Inverkehrbringens unerkennbar gewesen ist (sog. Entwicklungsrisiko).

Die Unterschiede zur Produzentenhaftung nach BGB-Deliktsrecht liegen, wenn die Fehlerhaftigkeit des Produkts festgestellt ist, in der dem Geschädigten günstigeren Beweislastverteilung und in der erleichterten Haftungsbegründung gegen Quasihersteller und Importeure. Das Produkthaftungsgesetz hat aber nicht nur Vorteile für den Geschädigten. In ihm lassen sich zB Tatbestände, die an ein Fehlverhalten nach dem Inverkehrbringen des Produkts anknüpfen, nicht unterbringen. Außerdem kennt es keine Haftung für Schäden an gewerblich genutzten Sachen, und es mutet dem Eigentümer nicht gewerblich genutzter Sachen einen Selbstbehalt von 500 Euro. Da § 15 Abs. 2 ProdHaftG die Produzentenhaftung nach BGB-Deliktsrecht unberührt lässt, bedeutet das für die praktische Rechtsanwendung, dass immer beide Normengruppen parallel bedacht und herangezogen werden müssen.

---

## VI. Sog. „Weiterfressende“ Mängel

Ein Problembereich aus dem Überschneidungsfeld zwischen Vertragshaftung und außervertraglicher Haftung ist mit den weiterfressenden Mängeln angesprochen. Hier geht es darum, ob der Erwerber eines Produkts, bei dem ein abgrenzbares Teil mangelhaft ist, Ansprüche nur nach Vertragsrecht - das sind in der Regel Gewährleistungsansprüche - hat oder für den ursprünglich mangelfreien Bereich des Produkts auch Ansprüche aus außervertraglicher Haftung. Diese Frage wird insbesondere dann von Interesse, wenn die vertraglichen Ansprüche verjährt, die außervertraglichen Ansprüche dagegen noch unverjährt sein sollten. Das kann bei beweglichen Sachen trotz der Ausdehnung der kaufrechtlichen Gewährleistungsfristen durch die Schuldrechtsreform der Fall sein, wenn etwa ein Auto 25 Monate nach der Übergabe zerstört wird, weil der Gaszug fehlerhaft oder das Auto nicht mit vorschriftsmäßigen Reifen ausgestattet war.

Für die Produkthaftung nach dem Produkthaftungsgesetz ist die Sache durch den Gesetzgeber entschieden. § 1 Abs. 1 Satz 2 dieses Gesetzes ordnet im Falle der Sachbeschädigung die Haftung nur an, wenn eine andere Sache als das fehlerhafte Produkt beschädigt wird.

Für den Bereich außerhalb des Produkthaftungsgesetzes ist man auf systematische Erwägungen zum Schutz des Äquivalenzinteresses und des Integritätsinteresses angewiesen. Sie sollten eigentlich dahin gehen, dass das Interesse an einer gebrauchsfähigen Sache, das Äquivalenzinteresse, allein vertragsrechtlich geschützt ist, während der deliktsrechtliche Schutz anderen Sachen als der erworbenen Sache vorbehalten bleibt. Der BGH sieht das anders. Der Sündenfall liegt in der Schwimmschalter-Entscheidung (BGHZ 67, 359). Er ist trotz massiver Kritik in der Literatur (vgl. nur Reinicke/Tiedtke, NJW 1986, 10) auch in späteren Entscheidungen - zu Unrecht - nicht korrigiert worden.

Leider wird die Leitentscheidung „Schwimmschalter“ elektronisch nur mit einem nichtssagenden Leitsatz vorgehalten. In der nachfolgend abgedruckten Reifenentscheidung geht der BGH aber auf diese Entscheidung ein. Dabei muss man sich bei der Lektüre der nachfolgenden Entscheidungen vor Augen halten, dass sie auf der Grundlage des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts vor der Schuldrechtsreform ergangen sind, das für bewegliche Sachen eine sechsmonatige Verjährungsfrist von der Ablieferung an vorsah (§ 477 BGB a.F.). Für deliktische Ansprüche war dagegen wie auch im heutigen Recht eine dreijährige Verjährung ab Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen vorgesehen (§ 852 BGB a.F.) :



Gericht: BGH 8. Zivilsenat, Datum: 05.07.1978, Az: VIII ZR 172/77

Leitsatz

1. Zur Frage, wann die Verjährung eines Schadenersatzanspruches wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft beginnt.
2. Hat der Verkäufer dem Käufer einen Gebrauchtwagen übereignet, der mit unvorschriftsmäßigen Hinterreifen versehen ist, so können dem Käufer gegen den Verkäufer Schadenersatzansprüche aus Eigentumsverletzung zustehen, wenn diese Reifen später einen Unfallschaden an dem Kraftwagen selbst verursachen.

Fundstelle

NJW 1978, 2241-2243 (LT1-2)

Tatbestand

Der Kläger kaufte am 21. Januar 1975 bei der Beklagten, einer Vertragshändlerin von Renault, einen gebrauchten Sportwagen Renault Alpine 310 zum Preise von 14.700 DM. Auf der „Bestellung“, die formularmäßig die Übernahme des Kraftfahrzeugs „gebraucht, wie besichtigt, und unter Ausschluß jeder Gewährleistung“ vorsah, war ua handschriftlich vermerkt:

“ ... wird in einwandfreiem technischen Zustand übergeben ... „,

In den auf der Rückseite des Formulars abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten heißt es unter VII (Gewährleistung):

„1. Für den Kaufgegenstand wird keine Gewähr geleistet. Dies gilt nicht, wenn und soweit der Verkäufer schriftlich in einem gesonderten Garantieschein eine Gewährleistung übernimmt.

2. Ein Anspruch auf Wandlung, Minderung oder Schadenersatz besteht nicht“.

Am 28. März 1975 erlitt der Kläger mit dem Pkw einen Unfall, der, wie in der Berufungsinstanz unstreitig geworden ist, auf unvorschriftsmäßige Beschaffenheit eines geplatzten Hinterreifens zurückzuführen ist. Der frühere Halter hatte anstelle der vorhandenen und im Kfz-Brief vorgeschriebenen Hinterreifen 185 HR 13 solche von dem Typ 165 SR 13 aufziehen lassen.

Der Kläger, der im September 1975 auf seine Anfrage von der Reifenherstellerin erfuhr, daß der geplatzte Reifen für die Felgen des Pkw nicht zugelassen war, macht mit der der Beklagten am 25. Februar 1976 zugestellten Klage Ersatz seines - in der Berufungsinstanz mit 16.527,39 DM bezifferten und der Höhe nach unstreitigen - Unfallschadens (Reparaturkosten, Wertminderung, Nutzungsentgang, Gutachterkosten und Unkostenpauschale) geltend. Die Beklagte hat ua die Einrede der Verjährung erhoben. Beide Vorinstanzen haben der Klage

stattgegeben. Mit der - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat im Ergebnis keinen Erfolg.

I. Sie wendet sich allerdings zu Recht gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte hafte dem Kläger gemäß § 463 Satz 1 BGB auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung; denn dieser Anspruch ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts verjährt.

1. a) Ohne Rechtsfehler sieht das Berufungsgericht in der Erklärung, der Pkw werde in technisch einwandfreiem Zustand übergeben, die Zusicherung einer Eigenschaft im Sinne von § 459 Abs 2 BGB, nämlich die Übernahme der Gewähr dafür, daß das Fahrzeug bei der Übergabe technisch in Ordnung, betriebsbereit und betriebssicher sei. Ob derartige Angaben über die Kaufsache in einem Kaufvertrag lediglich deren Beschreibung dienen (§ 459 Abs 1 BGB) oder mit ihnen eine Eigenschaft zugesichert wird (§ 459 Abs 2 BGB), ist, soweit es sich - wie hier - nicht um typische, regelmäßig bei solchen Geschäften abgegebene Erklärungen handelt, eine Frage der tatrichterlichen Auslegung im Einzelfall. Die vom Berufungsgericht vertretene Auslegung ist möglich, hält sich im Rahmen der von der Rechtsprechung zur Frage der Zusicherung von Eigenschaften entwickelten Grundsätze (vgl. Senatsurteile BGHZ 59, 158, 160, vom 25. Juni 1975 - VIII ZR 244/73 = WM 1975, 895 = NJW 1975, 1693 und vom 17. März 1976 VIII ZR 208/74 = WM 1976, 614, 615) und ist mithin für das Revisionsgericht bindend. Sie ist darüber hinaus aber auch naheliegend. Wer von einem Vertragshändler einer bestimmten Herstellerfirma einen Gebrauchtwagen gerade dieses Fabrikats erwirbt, legt vor allem Wert darauf, daß der Wagen zumindest den amtlichen Zulassungsvorschriften entspricht (§§ 18ff StVZO) und damit bedenkenfrei in Betrieb genommen werden kann. Bestätigt ihm der Gebrauchtwagenhändler entgegen den sonst üblichen Gepflogenheiten im Gebrauchtwagenhandel überdies, daß der Wagen sich in technisch einwandfreiem Zustand befindet, so liegt es zumindest nahe, daß er damit die Verpflichtung übernimmt, für einen etwa entstehenden Schaden einzustehen, wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen. Die Ansicht der Revision, es könne unmöglich angenommen werden, daß die Beklagte eine haftungsbegründende Gewähr für den technisch einwandfreien Zustand sämtlicher Teile des Gebrauchtwagens habe übernehmen wollen, weil damit der Kläger weitaus besser als bei einem Neuwagenkauf gestellt würde, geht ins Leere, weil das Berufungsgericht die vertragliche Erklärung der Beklagten ersichtlich nicht in einem derart umfassenden Sinne verstanden wissen will, sondern ihren maßgeblichen Sinn in der Zusicherung der Betriebsbereitschaft und Betriebssicherheit sieht und auch sehen durfte. Soweit schließlich die Revision meint, mit ihrer vorgenannten Erklärung habe die Beklagte zwar die dem Gesetz entsprechende Gewährleistung wiederherstellen und damit den Haftungsausschluß beseitigen, nicht aber darüber hinaus die Eigenschaft zusichern wollen, versucht

sie, in rechtlich unzulässiger Weise ihre eigene Auslegung an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts zu setzen; im übrigen würde es auch für eine derartige Auslegung an jedem Anhaltspunkt fehlen.

Da mit dem Aufziehen von Reifen, die der Betriebserlaubnis nicht entsprechen, diese für das hier streitige Fahrzeug erloschen war (§§ 18 Abs 1, 19 Abs 2 Satz 1, 21 StVZO) und überdies das Fahrzeug nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts mit den von der Norm abweichenden Reifen auch nicht mehr betriebssicher war, haftet mithin die Beklagte dem Kläger auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 463 Satz 1 BGB).

b) Beizutreten ist dem Berufungsgericht auch darin, daß die Haftung der Beklagten für die zugesicherte Eigenschaft weder durch die Formularbestimmung „gebraucht wie besichtigt, und unter Ausschluß jeder Gewährleistung“ noch durch den in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf der Rückseite des Formulars enthaltenen Gewährleistungsausschluß abgedungen worden ist. Der formularmäßige Gewährleistungsausschluß erfaßt, wie der Senat wiederholt ausgeführt hat, die Haftung des Verkäufers für das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gerade nicht (Senatsurteile BGHZ 50, 200, 206, 207, vom 5. Juli 1972 - VIII ZR 74/71 = WM 1972, 969 (insoweit in BGHZ 59, 158 nicht abgedruckt) und vom 17. März 1976 aaO; vgl jetzt auch § 11 Nr 11 AGB-Gesetz). Hat der Verkäufer nicht den Willen, das Haftungsrisiko entsprechend der gesetzlichen Regelung zu behalten, so muß er dies unmißverständlich sowie für den Käufer deutlich - und zwar bezogen gerade auf die abgegebene Zusicherung im Vertragstext oder sonst bei Vertragsabschluß zum Ausdruck bringen (Senatsurteil vom 10. Oktober 1977 - VIII ZR 110/76 = WM 1977, 1351). Das ist hier nicht geschehen. Die Beklagte kann sich deshalb auch nicht darauf berufen, ihre als Zusicherung zu wertende Erklärung sei nicht in der gemäß VII Nr 1 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgeschriebenen Form (“ ... in einem gesonderten Garantieschein ... ..”) abgegeben worden (vgl Senatsurteile vom 25. Juni 1975 aaO und vom 17. März 1976 aaO).

2. Die dem Kläger mithin gemäß § 463 Satz 1 BGB an sich zustehenden Schadensersatzansprüche sind jedoch verjährt. Zwar meint das Berufungsgericht, die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 477 Abs 1 BGB habe erst begonnen, als der Kläger aus der schriftlichen Auskunft des Reifenherstellers vom 23. September 1975 mit der erforderlichen Sicherheit die Unfallursache habe erkennen können. Diese Ansicht ist jedoch rechtsirrig.

a) Allerdings hat der erkennende Senat in mehreren Entscheidungen - ohne daß es allerdings letztlich darauf angekommen wäre - die Frage aufgeworfen, ob zur Vermeidung grober Unbilligkeiten und einer Rechtsverkürzung auf seiten des Käufers die Verjährung von gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzansprüchen im weitesten Sinn unter Umständen nicht schon mit der Ablieferung der Kaufsache, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt - etwa dem Entstehen des Schadens, seiner Erkennbarkeit durch den Käufer oder ganz allgemein der

Möglichkeit, derartige Ansprüche im Einzelfall in verjährungsunterbrechender Weise geltend zu machen - beginnt (Senatsurteile vom 1. Dezember 1971 - VIII ZR 143/70 = WM 1972, 161, BGHZ 60, 9, 13, vom 14. März 1973 - VIII ZR 137/71 = WM 1973, 730, 732 = NJW 1973, 843 und vom 11. Januar 1978 - VIII ZR 1/77 = WM 1978, 328; vgl auch Larenz, Schuldrecht II, 11. Aufl § 41 II e S 62). Diese Erwägungen betrafen jedoch ausnahmslos die Haftung für sogenannte Mangelfolgeschäden, die typischerweise häufig erst längere Zeit nach der Ablieferung der Kaufsache an anderen Rechtsgütern des Käufers sichtbar werden oder gar erst zu diesem Zeitpunkt entstehen.

Hier handelt es sich dagegen ausschließlich um den Ersatz des reinen Nichterfüllungsschadens. Das bedarf hinsichtlich der Reparaturkosten, des Minderwertes und des Nutzungsausfalls keiner näheren Darlegung; aber auch die Gutachterkosten zur Feststellung der Mängel gehören hierzu, denn sie sind zwangsläufig die Folge des Mangels, stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Mangelbeseitigung und vermindern - letztlich nicht anders als der infolge der Mangelhaftigkeit entgangene Gewinn (dazu Senatsurteil vom 2. Februar 1972 - VIII ZR 103/70 = WM 1972, 558, 560) - den Nutzwert der vom Käufer für seinen Kaufpreis in Empfang genommenen Gegenleistung (BGHZ 54, 352, 358; Peters, NJW 1978, 665, 668; Rengier, Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse S 83; Schlechtriem, VersR 1973, 581, 593; Todt, BB 1971, 680, 683, Fußn 69).

b) Ob auch bei derartigen Mängeln trotz des insoweit eindeutigen Wortlauts des § 477 Abs 1 BGB unter Umständen für eine Verschiebung des Beginns der Verjährungsfrist auf einen späteren Zeitpunkt als den der Ablieferung der Kaufsache Raum ist, mag hier dahinstehen (vgl dazu Senatsurteil vom 21. Dezember 1960 - VIII ZR 9/60 = LM BGB § 477 Nr 4; Schubert, JR 1977, 458, 460; Rengier, JZ 1977, 346, 347). Denn auch wenn man das zugunsten des Klägers annehmen wollte, so wäre doch jedenfalls im vorliegenden Fall die Verjährung eingetreten. Dem Kläger war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kurze Zeit nach dem Unfall vom 28. März 1975 der Umfang des Schadens bekannt. Der von ihm sogleich eingeschaltete Kfz-Sachverständige hatte ihm im Zusammenhang mit der Erstattung des Gutachtens vom 25. Juni 1975 den „allgemeinen Hinweis“ gegeben, der Unfall könne etwas mit der Bereifung zu tun haben. Der Kläger hatte also in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Unfall hinreichende Kenntnis von allen Umständen, die eine Inanspruchnahme der Beklagten nahelegten. Das Erlangen dieser Kenntnis war aber der letztmögliche Zeitpunkt, an dem die Verjährungsfrist für den Anspruch auf Schadensersatz wenn überhaupt erst später als mit Ablieferung des Pkw - zu laufen begann. Spätestens im Juni/Juli 1975 begann mithin hier der Lauf der sechsmonatigen Verjährungsfrist und nicht etwa erst, wie das Berufungsgericht meint, mit dem Zugang des Schreibens des Reifenherstellers vom 23. September 1975. Wie der Senat bereits in dem Urteil vom 11. Januar 1978 aaO klargestellt hat, verfolgen die erwähnten Erwägungen in Rechtsprechung und Schrifttum, den Beginn der Verjährungsfrist

für die Haftung bei bestimmten Schäden gegebenenfalls auf einen späteren Zeitpunkt als den der Übergabe zu verschieben, nicht den Zweck, dem Käufer Gelegenheit zu geben, vor Fristbeginn auch seine Beweislage zu verbessern.

II. Damit sind vertragliche Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte verjährt, so daß die vom Berufungsgericht gegebene Begründung das angefochtene Urteil nicht trägt. Die Entscheidung stellt sich aber aus anderen Gründen als richtig dar. Der Klageanspruch ist nämlich aus unerlaubter Handlung (§ 823 Abs 1 BGB) begründet; insoweit greift, da der Deliktsanspruch nicht der kurzen Verjährung unterliegt (§ 852 BGB; Senatsurteil BGHZ 66, 315), auch die Verjährungseinrede nicht durch.

1. Das Berufungsgericht äußert gegen einen Anspruch aus unerlaubter Handlung ohne ihn näher zu prüfen - Bedenken, weil der Kläger den Pkw bereits in mangelhaftem Zustand erworben habe. Sein Eigentum sei von Anfang an mit der Gefahr weiterer Schäden durch einen Unfall belastet gewesen. Die Verwirklichung dieser Gefahr sei keine selbständige Eigentumsverletzung. Dem kann nicht gefolgt werden.

a) In der vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Entscheidung BGHZ 39, 366 hat der Bundesgerichtshof allerdings den auf die mangelhafte Erstellung eines Bauwerks gerichteten Anspruch eines Bauherrn aus Eigentumsverletzung (§ 823 Abs 1 BGB) gerade hinsichtlich dieses Bauwerks verneint, wenn die im Bau verwendeten Materialien mangelhaft waren und mit fortschreitenden Bauarbeiten jeweils ein weiterer mangelhaft erstellter Teil in das Eigentum des Grundstückseigentümers übergang (zu diesem Fragenkreis vgl auch RG JW 1905, 367; BGH Urteil vom 14. März 1957 - VII ZR 268/56 = LM BGB § 830 Nr 4; BGHZ 55, 392, 398; OLG Karlsruhe, NJW 1956, 913; OLG Stuttgart, NJW 1967, 572; OLG München, NJW 1977, 438; Wilts, VersR 1967, 817; Freund/ Barthelmess, NJW 1975, 281; Kötz, Deliktsrecht, S 41, 42). Diesen Fällen ist wesentlich, daß der Mangel der übereigneten Sache von vornherein insgesamt anhaftete, diese damit für den Eigentümer von Anfang an schlechthin unbrauchbar war und sich der Mangel mit dem geltend gemachten Schaden deckt (vgl dazu Dunz/Kraus, Haftung für schädliche Ware 1969, S 66).

b) Hiervon hat der erkennende Senat in seinem Urteil vom 24. November 1976 (BGHZ 67, 359) einen Fall abgegrenzt, in dem der Verkäufer dem Käufer Eigentum an einer Anlage verschaffte, die im übrigen einwandfrei war und lediglich ein - funktionell begrenztes - schadhaftes Steuergerät (Sicherheitsschalter) enthielt, dessen Versagen nach der Eigentumsübertragung einen weiteren Schaden an der gesamten Anlage hervorgerufen hatte. Der Senat hat eine rechtswidrige Eigentumsbeeinträchtigung bejaht. Er hat dabei entscheidend darauf abgestellt, daß die in der Mitlieferung des schadhaften Schalters liegende Gefahrenursache sich erst nach Eigentumsübertragung zu einem über diesen Mangel hinausgehenden Schaden realisiert habe und dadurch das im übrigen mangelfreie Eigentum des Erwerbers an der Anlage insgesamt verletzt

worden sei. Rengier (JZ 1977, 346) und Schubert (JR 1977, 458) halten dieser Entscheidung entgegen, auch kleine, begrenzte Fehler machten die gesamte Kaufsache von Anfang an mangelhaft und wegen der damit verbundenen Gefahr einer Zerstörung unbrauchbar. Weitnauer (Arztrecht 1978, 38) bezweifelt nicht die - tatbestandsmäßig rechtswidrige Eigentumsverletzung, meint jedoch, es fehle an einem Schaden bei späterer Zerstörung der Anlage; dieses Ereignis habe nämlich lediglich einen bereits vorher eingetretenen Schaden sichtbar gemacht. Der Wert einer Anlage, mit deren Selbstzerstörung infolge eines Fehlers gerechnet werden müsse, sei von vornherein „Null“.

Diese - im Grunde auf das gleiche hinauslaufenden - Einwände vermögen nach Ansicht des Senats nicht zu überzeugen und geben keinen Anlaß, von der in BGHZ 67, 359 vertretenen Auffassung abzugehen. Es ist vor allem nicht richtig, daß im Verkehr einer gefahrbehafteten Anlage kein Wert beigemessen werde. Davon könnte allenfalls die Rede sein, wenn der in Frage stehende Mangel schlechthin unentdeckbar ist und in jedem Fall zu einer Zerstörung der Gesamtanlage führen muß. Um solche Fälle geht es hier aber nicht. Daß, wie Rengier und Schubert (aaO) hervorheben, im Einzelfall die Abgrenzung zwischen einem die übereignete Sache von vornherein insgesamt umfassenden Mangel und einem begrenzten Fehler, der erst später einen zusätzlichen Schaden an der sonst mangelfreien Sache hervorgerufen hat, auf Schwierigkeiten stoßen kann, hat der Senat bereits in seinem Urteil vom 24. November 1976 (BGHZ 67, 359) herausgestellt; die dortige eindeutige Fallgestaltung nötigte jedoch nicht dazu, nähere Abgrenzungskriterien aufzustellen. Nicht zu überzeugen vermag auch die von Rengier und Schubert (aaO) vertretene Ansicht, mit der Gewährung eines deliktischen Anspruchs unterlaufe der Bundesgerichtshof die kaufrechtlichen Bestimmungen über Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 463 BGB) bzw die Verjährungsregelung des § 477 BGB. Zwischen dem Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung und demjenigen aus unerlaubter Handlung, bei dem - sieht man von den Besonderheiten der Produzentenhaftung ab - der Geschädigte im Gegensatz zur vertraglichen Haftung (§ 282 BGB) für das Verschulden des Schädigers beweispflichtig ist, besteht eine echte Anspruchskonkurrenz mit der Folge, daß jeder Anspruch der ihm eigenen gesetzlichen Regelung folgt (Senatsurteil BGHZ 66, 315). Es ist in Fällen, wie der Senat ihn in BGHZ 67, 359 zu entscheiden hatte, kein Grund ersichtlich, dem Geschädigten das Zurückgreifen auf deliktische Ansprüche abzuschneiden und den Schädiger damit besser zu stellen als einen Dritten, der in die gekaufte Sache nach deren Übergabe an den Käufer ein mangelhaftes, zu ihrer Zerstörung führendes Einzelteil eingebaut hat.

c) Der jetzt zu entscheidende Fall - die Beschädigung eines gekauften Kraftfahrzeuges infolge eines Unfalls, der auf eine unzulässige Bereifung zurückzuführen ist - muß nach Auffassung des Senats im Ergebnis genauso behandelt werden. Zwar war der Pkw, den der Kläger bei der Beklagten erwarb, im Hinblick auf die hintere Bereifung mangelhaft. Der Wagen blieb aber als Ganzes ein wertvolles Vermögensstück. Erst nach Eigentumsübergang hat sich eine aus

diesem Mangel entspringende Gefahrenursache zu einem im Vergleich zu diesem Mangel anderen und ungleich höheren Schaden infolge eines Unfalls in einer konkreten Verkehrssituation realisiert. Bei anderweitigem Verlauf, insbesondere bei rechtzeitigem Auswechseln der Reifen, wäre dieser, mit den unvorschriftsmäßigen Reifen nicht stoffgleiche Schaden vermieden worden. Eine rechtswidrige Verletzung des Eigentums des Klägers durch die Beklagte ist also zu bejahen (Dunz/Kraus aaO S 66; vgl auch Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S 299, der in einer durch Unfall verursachten Zerstörung eines Kfz, sofern dieser Unfall auf den Defekt einer Radfelge zurückzuführen ist, eine Sachbeschädigung sieht; einschränkend allerdings derselbe in VersR 1973, 581, 589). Ersichtlich ist auch der VI. Zivilsenat vom 30. Mai 1978 (VI ZR 113/77) von der vorgenannten Rechtsauffassung des Senats ausgegangen.

2. a) Ob ein Verschulden der Beklagten vorliegt, hat das Berufungsgericht von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - offen gelassen. Der Senat kann diese Frage jedoch, da insoweit keine Feststellungen mehr zu treffen sind, selbst abschließend beantworten. Sie ist in Übereinstimmung mit der Ansicht des Landgerichts zu bejahen, weil die Beklagte als Renault-Vertragshändlerin zumindest verpflichtet war, den Gebrauchtwagen dahin zu überprüfen, ob er den Zulassungsvorschriften entsprach und insbesondere in Einzelteilen nicht so verändert war, daß die Betriebserlaubnis erloschen war. Bei einer solchen, auch nur flüchtigen Prüfung hätte ihr aber auffallen müssen, daß die durch Beschriftung deutlich gekennzeichneten Hinterreifen nicht den Angaben im Kraftfahrzeugbrief entsprachen.

b) Ein Mitverschulden des Klägers hat das Berufungsgericht, wenn auch in anderem Zusammenhang, deswegen verneint, weil er sich auf eine sorgfältige Untersuchung durch die Beklagte habe verlassen können. Auch das läßt im Hinblick darauf, daß der Kläger sich an die Beklagte gerade als Vertragshändlerin für Renault-Fahrzeuge gewandt und diese ihm den technisch einwandfreien Zustand des gebrauchten Fahrzeugs noch ausdrücklich zugesichert hatte, keinen Rechtsfehler erkennen.

3. Schließlich kann sich die Beklagte gegenüber dem Schadensersatzanspruch des Klägers aus unerlaubter Handlung (§ 823 Abs 1 BGB) auch nicht auf den formularmäßigen Haftungsausschluß (Abschnitt VII der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten) und den Umstand berufen, daß der Kläger das Fahrzeug „wie besichtigt“ gekauft hatte. Zwar entspricht im Gebrauchtwagenhandel ein möglichst weitgehender Haftungsausschluß den üblichen Gepflogenheiten dieses Geschäftszweigs; der Senat hat ihn bereits früher als „geradezu ein Gebot der wirtschaftlichen Vernunft“ bezeichnet (Senatsurteil vom 21. März 1966 - VIII ZR 44/64 = WM 1966, 473, 474). Andererseits hatte die Beklagte hier durch Individualerklärung den „einwandfreien technischen Zustand“ des Gebrauchtwagens ausdrücklich zugesichert. Wollte sie gleichwohl sich auch

gegenüber derartigen Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung freizeichnen und damit ihre Zusicherung auch in diesem Haftungsbereich weitgehend gegenstandslos und damit für den Käufer wertlos machen, so hätte sie dies unmißverständlich klarstellen müssen. Der bloße, im Rahmen der Regelung über die vertragliche Gewährleistung gemachte formularmäßige Hinweis, daß ein „Anspruch auf ... Schadensersatz“ nicht bestehe, reichte jedenfalls bei den Besonderheiten des vorliegenden Falles für einen derart umfassenden Haftungsausschluß nicht aus. Die weitere Frage, ob allgemein, auch ohne daß eine besondere Zusicherung vorliegt, Haftungsfreizeichnungsklauseln der hier verwendeten Art im Gebrauchtwagenhandel auch deliktische Schadensersatzansprüche umfassen, kann daher auf sich beruhen (vgl dazu auch BGHZ 67, 359, 366).

An der verfehlten Entwicklung wird auch in der Gaszug-Entscheidung nichts geändert. Es kommt lediglich ein neues Abgrenzungskriterium ins Spiel: funktionelle Begrenzung des mangelhaften Teils und geringfügiger Wert des mangelhaften Teils im Verhältnis zum Gesamtwert des Produkts:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 18.01.1983, Az: VI ZR 310/79

Leitsatz

1. Dem Käufer einer Sache können gegen deren Hersteller auch dann deliktische Schadensersatzansprüche aus Eigentumsverletzung zustehen, wenn diese Sache nach ihrem Erwerb infolge eines fehlerhaft konstruierten oder mit Herstellungsfehlern versehenen Einzelteils beschädigt wird.
2. Für deliktische Schadensersatzansprüche ist jedoch kein Raum, wenn sich der geltend gemachte Schaden mit dem Unwert, welcher der Sache wegen ihrer Mangelhaftigkeit von Anfang an anhaftete, deckt.

Orientierungssatz

Für die außervertragliche Haftung des Herstellers oder Lieferanten eines mit einem Teilmangel behafteten Produkts ergeben sich keine abschließenden Abgrenzungskriterien aus der Voraussetzung, daß das mitgelieferte, mangelhafte Teil funktionell begrenzt und sein Wert gegenüber dem Gesamtwert des Produkts nur geringfügig ist (Abgrenzung BGH, 1976-11-24, VIII ZR 137/75, BGHZ 67, 359; Abgrenzung BGH, 1978-07-05, VIII ZR 172/77, NJW 1978, 2241).

Fundstelle

WM IV 1983, 178-180 (LT1-2)

VersR 1983, 344-346 (LT1-2)

NJW 1983, 810-812 (LT1-2)



JZ 1983, 499-504 (LT1-2)

Im Jahre 1992 sind vom BGH zwei weitere Entscheidungen zu dem Problemkomplex der Haftung des Herstellers eines fehlerhaften Produkts bei Schäden an der gelieferten Sache gefällt worden: die Austauschmotorentscheidung und die Silokipperentscheidung. Zu diesen beiden im folgenden wiedergegebenen Entscheidungen empfehle ich das Studium der Rezension von Tiedtke, ZIP 1992, 1446.

Die erste Entscheidung ist die Austauschmotorentscheidung, in der die verfehlte Abgrenzung des Integritätsinteresses vom Äquivalenzinteresse fortgeschrieben wird:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 24.03.1992, Az: VI ZR 210/91

Leitsatz

Für den Anspruch des Erwerbers einer Sache auf Schadensersatz dafür, daß diese infolge der Fehlerhaftigkeit eines Einzelteils beschädigt wird, ist nicht entscheidend, ob er den Fehler vor dem Schadenseintritt bei normalem Lauf der Dinge entdecken konnte.

Wesentlich ist, daß der Mangel, wäre gezielt nach ihm gesucht worden, technisch hätte aufgespürt und behoben werden können und daß weder die Fehlersuche noch die Mangelbeseitigung einen wirtschaftlich unverhältnismäßigen Aufwand an Zeit und Kosten erfordert hätte.

Fundstelle

ZIP 1992, 704-706 (LT)

NJW 1992, 1678-1679 (LT)

Tatbestand

Der Kläger begehrt von der Beklagten Schadensersatz wegen Verletzung seines Eigentums an einem Pkw-Motor, der infolge eines der Beklagten zuzurechnenden Montagefehlers beschädigt worden sei.

Am 8. April 1989 kaufte der Kläger von der Firma P. einen Pkw-Motor, den er durch einen Bekannten in sein Kraftfahrzeug einbauen ließ. Dieser Motor war zuvor von der Beklagten generalüberholt und von ihr als sogenannter Austauschmotor an die Firma P. geliefert worden. Nach einer Fahrleistung von ca. 9.500 km kam es am 18. Januar 1990 zu einem erheblichen Motorschaden.

Der Kläger führt den Schadensfall darauf zurück, daß die Beklagte die stirnseitige Befestigungsschraube des Nockenwellensterrades nicht angebracht habe, so daß letzteres von der Nockenwelle heruntergerutscht sei. Er hat von der Beklagten

Schadensersatz (Reparatur- und Gutachterkosten, Nutzungsentschädigung, Telefonauslagen) in Höhe von insgesamt 6.870,39 DM verlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der (zugelassenen) Revision verfolgt er sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat die Klage für un schlüssig erachtet. Die Beklagte ist zwar nach seiner Auffassung als Herstellerin des Motors anzusehen. Ihre deliktische Haftung auf der Grundlage des § 823 Abs. 1 BGB scheitert jedoch daran, daß nur das Äquivalenzinteresse des Klägers, nicht aber dessen Integritätsinteresse beeinträchtigt sei. Zwischen dem Endschaden und dem behaupteten Produktfehler bestehe nämlich „Stoffgleichheit“, der ursprüngliche Mangelunwert decke sich mit dem eingetretenen Schaden.

Der anfänglich vorhandene Mangelunwert des Motors habe sich nicht auf die Kosten für das Anbringen der fehlenden Befestigungsschraube beschränkt. Eine solche Betrachtung sei nur dann angebracht, wenn das Fehlen der Schraube bekannt oder bei dem üblichen Umgang mit dem Motor, etwa bei einer Wartung, erkennbar gewesen wäre. Das sei jedoch nach dem eigenen Vortrag des Klägers gerade nicht der Fall gewesen. Der spätere Geschehensablauf, das Herunterrutschen des Steuerrades, habe sich daher zwangsläufig verwirklichen müssen. Ein Fehler, der nicht entdeckt werden könne, könne auch nicht behoben werden. Dann aber sei das von Anfang an beeinträchtigte Äquivalenzinteresse des Klägers deckungsgleich mit dem späteren (großen) Schaden.

Hinzu komme, daß der Kläger von Anfang an keinen funktionstüchtigen Motor erworben habe, da die Gefahr jederzeitiger Zerstörung bestanden habe. Das nur von dem auf der Nockenwelle angebrachten Keil festgehaltene Steuerrad habe bereits unmittelbar nach Inbetriebnahme des Motors herunterfallen können, so daß „kein weiterfressender Schaden“ vorliege.

II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision nicht stand. Der Kläger hat die Voraussetzungen eines auf § 823 Abs. 1 BGB gestützten Schadensersatzanspruchs schlüssig dargelegt.

1. Wer ein Produkt herstellt oder in den Verkehr bringt, kann für Schäden, die an diesem selbst nach dessen Auslieferung entstehen, wegen Verletzung des Eigentums des Erwerbers aus § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig sein, wenn sich in der Beschädigung oder Zerstörung des Produkts ein Schaden verwirklicht, den zu vermeiden ihm im Integritätsinteresse des Erwerbers durch eine deliktische Sorgfaltspflicht aufgegeben ist (sog. „Weiterfresserschaden“); hingegen besteht keine deliktische Einstandspflicht für Schäden, die lediglich den auf der Mangelhaftigkeit des Produkts beruhenden Unwert für das Nutzungs- und Äquivalenzinteresse des Erwerbers ausdrücken (st. Rspr. des Bundesgerichtshofes, vgl. z.B. Senatsurteile vom 21. November 1989 - VI ZR 350/88 - Weinkorken -

VersR 1990, 204, 205, vom 14. Mai 1985 - VI ZR 168/83 - Kompressor - VersR 1985, 837 und vom 18. Januar 1983 - VI ZR 310/79 - Gaszug - BGHZ 86, 256, 257 ff.; BGH, Urteil vom 5. Juli 1978 - VIII ZR 172/77 - Pkw-Reifen - NJW 1978, 2241, 2242).

Von diesen Grundsätzen geht auch das Berufungsgericht aus. Dabei erlegt es zu Recht der Beklagten deliktische Sorgfaltspflichten für den von ihr „generalüberholten“ Motor auf, den sie als „Austauschmotor“ veräußert und ausgeliefert und für dessen Mangelfreiheit sie eine Garantie gewährt hat. Dies gilt unabhängig davon, ob die Beklagte im Rahmen der Generalüberholung alle oder nur eine beschränkte Anzahl der Motorenteile erneuert und dabei Materialien von Dritten bezogen hat; denn die Beklagte hat jedenfalls den Zusammenbau der hergerichteten Teile in Eigenverantwortung vorgenommen (vgl. dazu Senatsurteil vom 3. Juni 1975 - VI ZR 192/73 - Spannkupplung - VersR 1975, 922, 923; BGH, Urteil vom 16. Januar 1985 - VIII ZR 317/83 - WM 1985, 463, 465).

2. Nicht frei von Rechtsirrtum sind jedoch die Überlegungen, aufgrund deren das Berufungsgericht zu der Auffassung gelangt ist, es fehle an einer Verletzung des Integritätsinteresses des Klägers, weil zwischen Endschaaden (Beschädigung des Motors) und Produktfehler (fehlende Befestigungsschraube) „Stoffgleichheit“ bestehe, sich der ursprüngliche Mangelunwert daher mit dem eingetretenen Schaden decke.

a) Als „stoffgleich“ mit dem anfänglich bestehenden Mangelunwert bezeichnet der erkennende Senat in seiner Rechtsprechung den wirtschaftlichen Niederschlag des schon beim Erwerb enttäuschten Käuferinteresses (vgl. Steffen, VersR 1988, 977, 979). Deshalb liegt „Stoffgleichheit“ vor, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise der Fehler von Anfang an die Gesamtsache, für deren Beeinträchtigung Schadensersatz begehrt wird, ergreift (vgl. Senatsurteil vom 14. Mai 1985, aaO) etwa weil die Sache als Ganzes wegen des Mangels von vornherein nicht oder nur in sehr eingeschränktem Maße zum vorgesehenen Zweck verwendbar war (vgl. z.B. Senatsurteil vom 18. Januar 1983 - VI ZR 270/80 - VersR 1983, 346 - Hebebühne; OLG Oldenburg, Urteil vom 18. April 1985 - 8 U 249/84 - mit Nichtannahmebeschluß des Senats vom 20. Mai 1986 - VI ZR 127/85 - VersR 1986, 1003). Hierher gehören auch die Fälle, bei denen eine Beseitigung des (wenn auch nur einem Teil der Sache anhaftenden) Fehlers technisch nicht möglich ist; eine gleiche Beurteilung greift dann Platz, wenn ein Mangel nicht in wirtschaftlich vertretbarer Weise behoben werden kann (vgl. Senatsurteil vom 18. Januar 1983 - VI ZR 310/79 - aaO., S. 262).

Ist hingegen der Mangel zunächst nur auf einen Teil des Produkts beschränkt und entsprechend den genannten Grundsätzen behebbar und führt er erst später zu einer Zerstörung des Produkts oder zur Beschädigung anderer Teile desselben, dann hat der von dem Fehler zunächst nicht erfaßte Teil der Sache einen eigenen Wert; der Mangelunwert deckt sich dann nicht mit dem Schaden (vgl. Senatsurteil vom 14. Mai 1985, aaO).

b) Das Berufungsgericht geht zwar zutreffend von diesen Grundsätzen aus, hält aber zu Unrecht das Fehlen der Befestigungsschraube des Nockenwellensterrades für einen nicht behebbaren Mangel, was zur Identität des eingetretenen Schadens mit dem Mangelunwert führe. Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht, wenn es wesentlich darauf abstellt, ob der Fehler bei dem üblichen Umgang mit dem Motor, etwa bei einer Wartung, hätte erkannt werden können.

Für die Frage, ob das Integritätsinteresse des Erwerbers oder nur sein Äquivalenzinteresse beeinträchtigt ist, ist es rechtlich nicht von Bedeutung, ob er den Fehler vor dem Schadenseintritt bei normalem Lauf der Dinge entdecken konnte oder nicht; die subjektive Erkennbarkeit ist nicht entscheidend. Wesentlich ist allerdings, daß der Mangel - von objektiv technischer Warte aus gesehen - hätte aufgespürt werden können, und sei es auch erst bei gezielter Suche, sofern diese nicht mit einem unverhältnismäßigen Aufwand an Zeit und Kosten verbunden gewesen wäre. Nur unter letzterem Gesichtspunkt kann es für den wirtschaftlichen Stellenwert eines Mangels darauf ankommen, unter welchen Umständen ein vermuteter Fehler erkannt werden kann. Denn bei einem in diesem Sinne nur schwer aufzuspürenden Mangel könnte die technische oder wirtschaftliche Behebbarkeit in Frage gestellt sein (vgl. dazu Steffen, aaO, S. 980). Anfänglicher Mangelunwert und Schaden decken sich, wenn die Fehlersuche und die Fehlerbeseitigung Kosten verursachen, die etwa dem Wert der Gesamtsache entsprechen oder ihn sogar übersteigen (vgl. Kullmann/Pfister, Produzentenhaftung, Kennzahl 1512, S. 14).

c) Der Sachverhalt, von dem das Berufungsgericht auf der Grundlage des Klägervortrags ausgeht, rechtfertigt nicht die Annahme, der Mangel in der Befestigung des Nockenwellensterrades habe entsprechend den dargelegten Grundsätzen aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen nicht behoben werden können. Das Berufungsgericht zieht seinen dahingehenden Schluß allein aus der Behauptung des Klägers, das Fehlen der Nockenwellenschraube wäre auch bei ordnungsgemäßer Ausführung der laut Service-Heft vorgeschriebenen Wartungsarbeiten am Motor nicht aufgefallen.

Von einem Mangel, dessen Behebbarkeit technisch oder wirtschaftlich ausgeschlossen ist und der daher bereits von vornherein die ganze Sache mit seinem Unwert ergreift, kann keinesfalls schon dann gesprochen werden, wenn unbekannt ist, ob die Sache überhaupt einen Fehler hat, oder wenn er bei üblichen und vom Hersteller vorgesehenen Wartungsarbeiten, also letztlich bei einem normalen Ablauf der Dinge nicht aufgespürt wird. Das ist nämlich, wie die bisher höchstrichterlich entschiedenen Fälle zum „weiterfressenden Schaden“ gezeigt haben, in aller Regel der Fall (vgl. Steffen, aaO, S. 978).

Dafür, daß das Fehlen der Befestigungsschraube hier auch bei gezielter Suche nicht ohne wirtschaftlich unverhältnismäßigen Aufwand hätte ermittelt werden können, findet sich in den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen und

dem ihnen zugrunde liegenden Vortrag der Parteien, die nur auf die vorgesehenen Wartungsarbeiten abstellen, keinerlei Anhaltspunkt.

3. Der Senat vermag auch nicht den Überlegungen des Berufungsgerichts zu folgen, dem seitens der Beklagten ausgelieferten Motor habe die Gebrauchstauglichkeit von vornherein gefehlt, weil er von Anfang an die Gefahr jederzeitiger Zerstörung in sich getragen habe, so daß nicht von einem „weiterfressenden Schaden“ gesprochen werden könne, vielmehr nur die anfängliche Schadhaftheit zufälligerweise erst später zutage getreten sei.

Zwar war der Motor im Hinblick auf die fehlende Schraube, welche das Steuerrad auf der Nockenwelle festhalten sollte, mangelhaft. Der Motor in seinen übrigen Teilen war aber einwandfrei und stellte auch als Ganzes einen durchaus beachtlichen Wert dar. Der Mangel haftete zunächst nur einem kleinem Teil an - eben dem Steuerrad, das nicht ordnungsgemäß befestigt war und deshalb Gefahr lief, sich von der Nockenwelle zu lösen -, nicht hingegen dem Gesamtprodukt als solchem, auch wenn - wie dies bei weiterfressenden Schäden stets der Fall ist - von vornherein das Risiko einer erheblichen Beschädigung der (ansonsten mangelfreien) Gesamtsache bestand. Wann sich dieses Risiko verwirklichen würde, insbesondere ob der Mangel zuvor noch rechtzeitig entdeckt und behoben werden würde (etwa bei anderweitig notwendig werdenden Reparaturarbeiten), war ungewiß. Der Sachverhalt, den das Berufungsgericht im Hinblick auf den Vortrag des Klägers zugrundegelegt hat, zeigt, daß die Schädigung der Gesamtsache keineswegs sofort nach Ingebrauchnahme eintreten mußte, sondern der Motor - aus welchen technischen Gründen auch immer - noch eine Fahrleistung von 9.500 km über einen Zeitraum von neun Monaten zu erbringen in der Lage war. Dann aber kann nicht davon gesprochen werden, daß der Mangelwert des Motors von Anfang an so hoch war, daß der später eingetretene Schaden als mit diesem „stoffgleich“ zu erachten wäre und nur noch das Äquivalenzinteresse des Klägers ausdrückte.

In der Silokipperentscheidung liegt die Besonderheit darin, dass die Kaufsache nicht mangelhaft war, kaufrechtliches Gewährleistungsrecht deshalb von vornherein nicht in Betracht kam. Dann lässt sich in der Tat mit guten Gründen vertreten, dass wegen der Verletzung anderer Pflichten - hier Instruktionspflichten - ein deliktsrechtlicher Integritätsschutz auch für die Kaufsache selber in Betracht kommt.

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 05.05.1992, Az: VI ZR 188/91

Leitsatz

1. Schadensersatzansprüche wegen Schäden an einer erworbenen Sache können gegen deren Hersteller auch dann entstehen, wenn dieser die Verwender nicht ausreichend darüber unterrichtet, wie sie mit der Sache umzugehen haben, um Schäden daran zu vermeiden.

2. Beim Inverkehrbringen von Produkten, die nur von Fachpersonal bedient werden, sind die Instruktions- und Warnpflichten des Herstellers deutlich herabgesetzt.

Fundstelle

ZIP 1992, 934-937 (LT)

NJW 1992, 2016-2018 (LT)

Zum Sachverhalt (vereinfacht):

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, einem Hersteller von Spezialanhängern, Schadensersatz, nachdem sich beim Beladen eines ihrer beiden von der Beklagten hergestellten Sattelaufleger mit Silobehälter ein Unfall ereignet hat. Die Kl. macht geltend, die Bekl. habe sie nicht ausreichend über die Bedienung des Anhängers informiert, insbesondere darüber, daß der Anhänger für die Art der Verwendung bei der Kl. konstruktiv ungeeignet sei.

Die Klage hatte im Ergebnis keinen Erfolg.

Aus den Entscheidungsgründen:

2. Mit der Revision können deliktische Schadensersatzansprüche der Klägerin bezüglich der Schäden an dem Silokipper auch nicht deshalb verneint werden, weil die Klägerin insoweit durch eine unzureichende Instruktion über dessen Gebrauch nicht in ihrem Integritätsinteresse verletzt worden sei.

Im Streitfalle geht es - jedenfalls aus der rechtlichen Sicht des Berufungsgerichts - nicht um die vom Bundesgerichtshof seit der grundlegenden Entscheidung in BGHZ 67, 359 mehrfach (zuletzt durch Senatsurteil vom 24. März 1992 - VI ZR 210/91 - zur Veröffentlichung bestimmt) bejahte Frage, ob die Lieferung einer Sache, an der nur einzelne Teile mangelbehaftet sind, Ansprüche aus Verletzung des Eigentums an dieser Sache auslösen kann, wenn dadurch vorher einwandfreie Teile dieser Sache beschädigt oder zerstört werden. Hier geht es vielmehr darum, ob Schadensersatzansprüche wegen Schäden an einem völlig einwandfreien Produkt dann entstehen können, wenn der Hersteller den Verwender nicht ausreichend darüber unterrichtet, wie er mit dem Produkt umzugehen hat, um Schäden daran zu vermeiden. Die diesbezüglichen Instruktions- und Warnpflichten sind, wie auch vom Schrifttum offenbar nicht in Abrede gestellt wird, dem Hersteller im Integritätsinteresse des Erwerbers auferlegt. Bei einem Schaden, der infolge der Verletzung dieser Pflichten an dem Produkt entsteht, kann deshalb ohne weiteres eine deliktische Haftung des Herstellers eingreifen (vgl. Steffen, VersR 1988, 977, 978; vgl. auch OLG Frankfurt, Urteil vom 18. November 1988 mit NA-Beschluß des Senats vom 9. Januar 1990 - VI ZR 345/88 - Industriefilter - VersR 1990, 981, 982).

3. Mit Erfolg rügt die Revision jedoch, daß das Berufungsgericht die Anforderungen an die Instruktionspflicht des Herstellers überspannt.

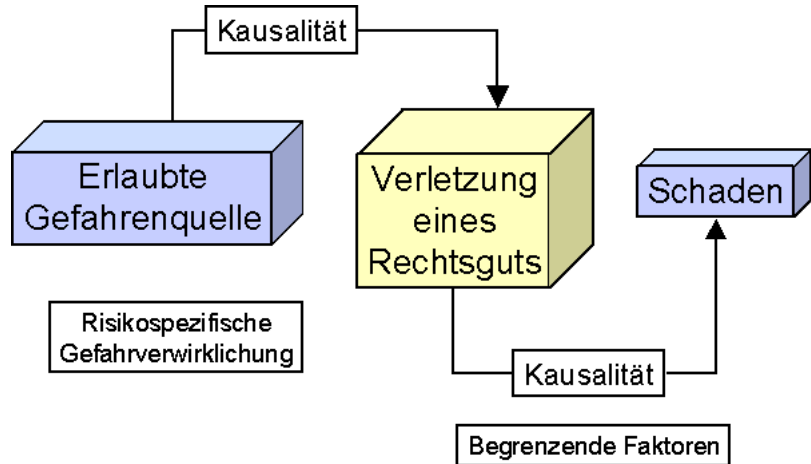
Jeder Warenhersteller ist allerdings grundsätzlich verpflichtet, vor den mit der Verwendung seines Produktes verbundenen Gefahren zu warnen und den Produktverwender darauf hinzuweisen, wie er solche Gefahren vermeiden kann. Unter Umständen muss sogar vor einem naheliegenden Missbrauch des Produkts gewarnt werden (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 12. November 1991 - VI ZR 7/91 - Kindertee - VersR 1992, 96, 97, demnächst auch in BGHZ 116, 60). Die Instruktionspflicht besteht jedoch, worauf die Revision zutreffend hinweist, nur im Rahmen der Verbrauchererwartung und nur insoweit, als der Hersteller damit rechnen muß, daß seine Produkte in die Hand von Personen gelangen, die mit den Produktgefahren nicht vertraut sind (Senatsurteile vom 4. Februar 1986 - VI ZR 179/84 - Überrollbügel - VersR 1986, 653 und vom 7. Oktober 1986 - VI ZR 187/85 - Verzinkungsspray - VersR 1987, 102, 103). Vor allem im Hinblick auf die Gefahr sachwidriger Verwendung von Produkten werden die inhaltlichen Anforderungen an die Instruktionspflichten maßgeblich dadurch beeinflusst, ob die Produkte von Laien in privaten Haushaltungen oder von Fachleuten im gewerblichen Bereich verwendet werden (vgl. Walter, Kaufrecht, 1987, S. 419). Nur dann, wenn der Hersteller davon ausgehen muß, daß bestimmte Produktgefahren auch in spezialisierten Fachunternehmen nicht bekannt sind (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. vom 7. August 1990, mit NA-Beschluß des Senats vom 11. Juni 1991 - VI ZR 301/90 - Brandschutzmörtel - NJW-RR 1992, 285), oder wenn außer Fachleuten auch sonstige Personen das Produkt verwenden, die dessen Gefahren nicht kennen (vgl. Kullmann in Kullmann/Pfister, Produzentenhaftung, Kennzahl 1520 (Bearbeitung VIII/90), S. 41; vgl. auch OLG Düsseldorf, Urt. vom 10. Januar 1991 mit NA-Beschluß des Senats vom 12. Dezember 1991 - VI ZR 35/91 - Saunaaufguß - NJW-RR 1992, 534), muß er auch bei Lieferungen seines Produkts an Fachunternehmen bzw. Großabnehmer auf die Produktgefahren hinweisen. Da die Silokipper aber nur von Fachpersonal bedient werden, waren die Instruktions- und Warnpflichten der Beklagten damit ihren Kunden gegenüber deutlich herabgesetzt.

---

## *VII. Gefährdungshaftung*

Ein Beispiel für einen Gefährdungshaftungstatbestand haben wir mit dem Produkthaftungsgesetz schon kennen gelernt. Es ist eines von vielen Beispielen dafür, wie der Gesetzgeber im Rahmen von Einzelregelungen Gefährdungshaftungstatbestände geschaffen hat, die weit überwiegend nach einem einheitlichen Muster gestrickt sind. Der Halter einer Gefahrenquelle muss für Schäden einstehen, die aus Rechtsgutsverletzungen aus der Verwirklichung des

Gefahren- und Risikopotentials resultieren. Das Grundmodell der Gefährdungshaftung lässt sich graphisch wie folgt verdeutlichen:



Auch hier kann man wieder die beiden Seiten der Haftungsbegründung und der Haftungsausfüllung unterscheiden. Ein Fehlverhalten spielt bei der Haftungsbegründung keine Rolle. Und doch handelt es sich nicht um eine reine Kausalhaftung. Zur Kausalität muss hinzutreten, dass sich genau jene Gefahr bei der Rechtsgutsverletzung ausgewirkt hat, um derentwillen der Haftungstatbestand begründet worden ist. Man spricht hier auch von spezifischer Betriebsgefahr. Im einzelnen mag es da durchaus problematische Abgrenzungsfragen geben. Das soll an einigen Fällen aus dem Bereich der Haftung nach dem Straßenverkehrsgesetz illustriert werden.

§ 7 Abs. 1 StVG verpflichtet den Halter zum Ersatz des Schadens, der beim Betrieb des Kraftfahrzeugs angerichtet wird. Nach § 18 Abs. 1 Satz 1 StVG trifft dieselbe Haftung den Führer des Kraftfahrzeugs. Der Führer kann sich allerdings durch den Beweis des Nichtverschuldens nach § 18 Abs. 1 Satz 2 StVG entlasten, während der Halter nur bei höherer Gewalt (früher bei einem unabwendbaren Ereignis), die er beweisen muss, von der Haftung frei wird (§ 7 Abs. 2 StVG). Entsteht der Schaden an einem anderen Kraftfahrzeug, findet eine Abwägung unter den Betriebsgefahren der beteiligten Fahrzeuge statt, die zu einer Anrechnung (=Kürzung) auf den Schadensersatzanspruch nach § 17 Abs. 2 StVG führen kann. In diesem normativen Umfeld bewegen sich die folgenden Entscheidungen zu den Auswirkungen der spezifischen Betriebsgefahr:



Von einem LKW, der sich wegen eines Motorschadens nicht mehr fortbewegen kann, soll noch die Betriebsgefahr ausgehen, um derentwillen die Kraftfahrzeughalterhaftung geschaffen worden ist:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 09.01.1959, Az: VI ZR 202/57

Leitsatz

Es ist eine die Haftung nach StVG § 7 begründende Auswirkung der Betriebsgefahr eines Kraftfahrzeugs, wenn es auf der Fahrbahn einer dem Schnellverkehr dienenden Straße wegen Motorschadens liegen bleibt. Auf die kürzere oder längere Dauer dieses Zustandes kommt es nicht an (Abweichung RG, 1928-11-12, VI 173/28, RGZ 122, 270).

Fundstelle

BGHZ 29, 163 (LT1)

Tatbestand

Der Lastzug des Klägers (Motorwagen und zwei Anhänger) blieb in der Nacht vom 7. auf den 8. März 1951 wegen eines Motorschadens auf dem rechten Teil der Autobahn Karlsruhe-Frankfurt stehen. Am frühen Morgen gegen 1 1/4 Uhr fuhr der Fuhrunternehmer K. - Ehemann der Beklagten Sophie K. und Vater des Beklagten Herbert Bernhard K. - mit seinem Lastzug (Triebwagen und einem Anhänger) von hinten auf den haltenden Lastzug des Klägers auf. An beiden Lastzügen entstand erheblicher Sachschaden. K., der seinen Lastzug gesteuert hatte, erlitt so schwere Verletzungen, daß er auf dem Wege zum Krankenhaus verstarb.

Der Kläger ist der Ansicht, der Zusammenstoß sei ausschließlich auf das Verschulden des K. zurückzuführen; denn dieser habe bei genügender Aufmerksamkeit die Schlußlichter des haltenden Lastzuges sowie die aufgestellte Sturmlaterne bemerken müssen und rechtzeitig auf die Überholbahn ausweichen können. Er hat von den Beklagten als den Erben des K. Schadensersatz verlangt.

Das Landgericht hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Dagegen hat das Berufungsgericht die Schadensersatzpflicht der Beklagten nur zur Hälfte dem Grunde nach bejaht. Die Revision des Klägers, mit welcher er die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebte, hatte keinen Erfolg.

Entscheidungsgründe

I. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Fuhrunternehmer K. bei eingeschaltetem Fernlicht mit der vollen Breite seines Fahrzeugs auf den haltenden Lastzug aufgefahren, ohne rechtzeitig abgebremst oder eine Ausweichbewegung nach links gemacht zu haben. Zahlreiche andere Fahrzeuge waren vorher während der 1 1/2 Stunden, in denen der Lastzug des Klägers auf der Autobahn stilllag,

daran vorbeigefahren. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hätte auch K. bei genügender Aufmerksamkeit den haltenden Lastzug, auch wenn dieser völlig unbeleuchtet gewesen wäre, erkennen müssen und dann noch rechtzeitig auf die Überholbahn hinüberwechseln können. Es hat ausgeführt: Daß K. auf das Hindernis in seiner Fahrbahn gar nicht reagiert habe, beweise seine grobe Unaufmerksamkeit oder aber, daß er trotz der Blendung durch entgegenkommende Fahrzeuge mit unverminderter Geschwindigkeit in einen nicht übersehbaren Raum hineingefahren sei. Beides bedeute ein Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Diese Ansicht des Berufungsgerichts ist bei dem festgestellten Sachverhalt rechtlich nicht zu beanstanden. Es hat daher auch mit Recht angenommen, daß die Beklagten als Erben des K. nach §§ 823, 1967 BGB für den Schaden des Klägers einzustehen haben.

II. Die Revision wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht § 17 StVG angewandt und dem Kläger nur den Ersatz der Hälfte seines Schadens dem Grunde nach zugesprochen hat.

Sie hält die §§ 7, 17 StVG nicht für anwendbar, weil der Lastzug des Klägers nicht mehr im Betrieb gewesen sei, und meint: Ein Kraftwagen befinde sich, auch wenn er noch nicht am Ende der Fahrt angelangt sei, nicht mehr im Betrieb, wenn er aus Mangel an Betriebsstoff oder wegen eines Mangels in der Maschinerie zu vollständiger Ruhe gelangt sei. Auch wenn er infolge Motorschadens auf einer Verkehrsstraße halte und eine nicht ganz unerhebliche Zeit stehen bleibe, sei er nach allgemeiner Auffassung nicht mehr im Betrieb, weil er die Fähigkeit verloren habe, sich fortzubewegen.

Diese Ansicht der Revision entspricht im Ergebnis der Rechtsprechung des Reichsgerichts und mehrerer Oberlandesgerichte. Nach dieser Rechtsprechung ist ein Kraftfahrzeug nicht mehr im Sinne des § 7 StVG im Betrieb, wenn es in völlige Betriebsruhe versetzt ist und wegen eines Motorschadens erst nach geraumer Zeit wieder in Betrieb genommen werden kann (ua RGZ 122, 270; 126, 333, 132, 262). Dabei ist auch das Reichsgericht nicht von dem maschinentechnischen Betriebsbegriff ausgegangen, nach dem ein Kraftfahrzeug nur solange in Betrieb ist, als die motorischen Kräfte unmittelbar oder mittelbar auf das Fahrzeug einwirken. Es hat vielmehr der verkehrstechnischen Auffassung den Vorzug gegeben und einen Unfall auch dann dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs zugerechnet, wenn er in einem nahen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einem bestimmten Betriebsvorgang oder einer bestimmten Betriebseinrichtung stand, ohne daß es darauf ankommt, ob der Motor als Kraftquelle auf das Fahrzeug gewirkt hat. Nach Ansicht des Reichsgerichts, die der Bundesgerichtshof gebilligt hat, ist daher der Betrieb eines Kraftfahrzeugs in der Regel nicht unterbrochen, wenn das Fahrzeug mit abgestelltem Motor auf der Fahrbahn anhält. Das Reichsgericht hat aber auch bei Zugrundelegung dieser verkehrstechnischen Ansicht den Begriff des „Betriebes eines Kraftfahrzeuges“ eng ausgelegt und eine Beendigung des Betriebes dann angenommen, wenn das Kraftfahrzeug wegen

eines Motorschadens oder weil Treibstoff fehlte, für mehr als kurze Zeit aus eigener Kraft nicht mehr fortbewegt werden konnte.

Der Bundesgerichtshof kann sich dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht anschließen, weil sie angesichts der gewaltigen Steigerung des Kraftfahrzeugverkehrs und seiner Gefahren dem Sinn und Zweck des § 7 StVG nicht mehr gerecht wird. Der Zweck des Gesetzes, die Verkehrsteilnehmer vor den wachsenden Gefahren des heutigen Kraftfahrzeugverkehrs zu schützen, macht es vielmehr erforderlich, den Begriff „bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs“ weit zu fassen (so schon Urt v 1. Oktober 1957 - VI ZR 225/56 - NJW 1957, 1878 Nr 7 = DAR 1958, 15 = VRS 13, 413). In dieser Entscheidung hat der Senat eine Betriebsruhe des Fahrzeugs und damit eine Freistellung von der Gefährdungshaftung in einem Falle verneint, in dem ein Kraftfahrer seinen Lastzug auf der Fahrbahn einer Bundesstraße abgestellt hatte, um eine längere Nachtruhe zu halten. Der Senat hat den Unfall, der sich dadurch ereignete, daß ein Kraftwagen auf den haltenden Lastzug auffuhr, im Sinne von § 7 StVG auch dem Betrieb des stehenden Fahrzeugs zugerechnet. Nichts anderes kann aber gelten, wenn es auf die gleiche Weise zu einem Unfall kommt, weil ein Lastzug längere Zeit wegen eines Motorschadens auf der Fahrbahn einer dem Schnellverkehr dienenden Straße stehen bleibt. Dieser jetzt zu entscheidende Fall unterscheidet sich von dem früheren nur dadurch, daß der Lastzug hier die Fähigkeit verloren hatte, sich aus eigener Kraft fortzubewegen, während er damals zwar mit abgestelltem Motor, aber doch in fahrbereitem Zustand auf der Straße hielt. Dieser Unterschied kann bei der Anwendung des § 7 StVG keine Rolle spielen, wenn man den Betriebsbegriff dieser Bestimmung unter verkehrstechnischem Blickpunkt sieht, wie es die heute vorherrschende Meinung mit Recht tut. Die Gefahren, die durch das Kraftfahrzeug in den Verkehr getragen werden, gehen nicht nur von dem Motor und seiner Einwirkung auf das Fahrzeug aus, sondern mit der Zunahme des Verkehrs mehr und mehr von der gesamten Abwicklung des Verkehrs und im besonderen Maße von Kraftfahrzeugen, die auf der Fahrbahn einer dem Schnellverkehr dienenden Straße halten oder parken. Gerade auf der Autobahn, auf der sich hier der Unfall ereignet hat, wird durch stillstehende Fahrzeuge eine für den Kraftverkehr typische Gefährdung der anderen Verkehrsteilnehmer heraufbeschworen. Hier kann, wie der Bundesgerichtshof schon in seinem Urteil vom 8. April 1957 (III ZR 66/56 VersR 1957, 375) hervorgehoben hat, die Betriebsgefahr des stillstehenden Kraftwagens sogar größer sein als die eines fahrenden. Dann ist es aber auch geboten und nach dem Sinn und Zweck der Haftungsbestimmungen des Straßenverkehrsgesetzes gerechtfertigt, einen Unfall, der sich durch das Auffahren auf ein haltendes Kraftfahrzeug ereignet, nicht nur dem Betrieb des auffahrenden, sondern auch dem des haltenden Fahrzeugs zuzurechnen und daher die Schadensersatzpflicht beider Fahrzeughalter aus dem Gesichtspunkt der Gefährdungshaftung zu bejahen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Fahrer freiwillig eine Fahrpause einlegt oder ob er durch einen Schaden am Fahrzeug gezwungen wird, auf der Fahrbahn zu halten. Entscheidend ist, daß in beiden Fällen andere Verkehrsteilnehmer durch sein Fahrzeug auf der Fahrbahn

gefährdet werden. Daß ein Unfall, der auf einem Fehler des Fahrzeugs oder auf einem Versagen seiner Vorrichtungen beruht, zur Haftung des Fahrzeughalters führen soll, ergibt sich im übrigen deutlich aus § 7 Abs 2 StVG, der für diesen Fall ausdrücklich das Vorliegen eines unabwendbaren Ereignisses und damit einen Haftungsausschluß verneint. Diese Haftung für Unfälle, die auf einen technischen Fehler des Kraftfahrzeugs zurückzuführen sind, würde, wie das Oberlandesgericht Karlsruhe (VersR 1956, 260) zutreffend hervorhebt, weitgehend aufgehoben, wenn man bei einem Anhalten wegen eines technischen Versagens einen Unfall „bei dem Betrieb“ des Fahrzeugs und damit eine Haftungsvoraussetzung des § 7 Abs 1 StVG verneinen wollte. Der Wortlaut des Absatzes 2 dieser Bestimmung deutet darauf hin, daß die Gefährdungshaftung des Straßenverkehrsgesetzes sich auch auf Unfälle dieser Art erstrecken soll.

Dieses Ergebnis liegt in der Linie, die sich schon in der Entscheidung des Reichsgerichts RGZ 170, 1 anbahnt. Hier hat das Reichsgericht einen Unfall „beim Betrieb“ eines Lastkraftwagens in einem Falle angenommen, in dem ein Eisenbahnzug mit einem Lastkraftwagen zusammengestoßen war, als dieser in einem Loch steckengeblieben war, seine Ladebrücke mit dem linken rückwärtigen Teil über die Eisenbahnschienen ragte und er mit eigener Kraft nicht mehr bewegt werden konnte, weil die Saugluftleitung abgerissen war. In diesem Falle hat das Reichsgericht eine Fortwirkung des Kraftfahrzeugbetriebes angenommen. Es hat ausgeführt, der Lastkraftwagen sei bis zur Unfallstelle gefahren und habe dadurch bei seinem Betrieb die fortwirkende Ursache zu dem Zusammenstoß gesetzt. Nicht wesentlich anders verhält es sich aber, wenn ein Lastzug wie im vorliegenden Falle wegen eines Motorschadens einen Teil der Fahrbahn versperrt. Auch hier ist der Lastzug bis zur Unfallstelle gefahren und hat daher die den Verkehr gefährdende Lage bei seinem Betriebe herbeigeführt.

Bei Prüfung der Frage, ob in einem solchen Falle § 7 StVG anzuwenden ist, kann auch nicht darauf abgestellt werden, wie lange ein Kraftfahrzeug auf der Fahrbahn steht. Ist ein Schaden an dem Fahrzeug in kurzer Zeit zu beheben und eine Weiterfahrt bald möglich, so wird schon heute übereinstimmend mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts weitgehend angenommen, daß der Betrieb des Fahrzeugs, wie § 7 StVG ihn im Auge hat, durch diesen Aufenthalt nicht unterbrochen wird (vgl. ua RG JW 1929, 2055 Nr 7 in einem Falle, in dem die Benzinleitung verstopft war). Berücksichtigt man nun, daß sich die Gefahren des stillstehenden Fahrzeugs häufen, je länger es ein Hindernis für die anderen Verkehrsteilnehmer bildet, so wäre es vom Standpunkt der verkehrstechnischen Auffassung aus sinnwidrig, den Halter des längere Zeit stillliegenden, also eine größere Gefährdung verursachenden Fahrzeugs in der Frage der Haftung zu bevorzugen. Es geht nicht an, ihn von der Haftung freizustellen, bei einer geringeren Betriebsgefahr des Fahrzeugs dagegen die Halterhaftung zu bejahen. Muß wie im vorliegenden Falle ein Fahrzeug längere Zeit auf der Fahrbahn verbleiben, weil es nicht alsbald instandgesetzt werden kann, so ist daher, wenn ein anderes Fahrzeug auf das Hindernis auffährt, dieser Unfall auch dem Betrieb des

haltenden Fahrzeugs zuzurechnen (ebenso OLG Düsseldorf NJW 1956, 1033 Nr 12; OLG Karlsruhe VersR 1956, 260; Böhmer, MDR 1957, 597 und VersR 1958, 587 sowie Walther in Kraftverkehrsrecht von A bis Z, Betrieb des Kraftfahrzeugs Erl 1). Der Betrieb dieses Fahrzeugs dauert fort, solange der Fahrer das Fahrzeug im Verkehr beläßt und die dadurch geschaffene Gefahrenlage fortbesteht. Er wird im Sinne des § 7 StVG erst unterbrochen, wenn das Fahrzeug von der Fahrbahn gezogen und an einem Ort außerhalb des allgemeinen Verkehrs aufgestellt wird. Erst damit wird die Betriebsunterbrechung äußerlich erkennbar, aber auch jene typische Gefährdung beseitigt, die durch Kraftfahrzeuge entstehen, die auf der für den Schnellverkehr bestimmten Fahrbahn halten oder parken. Ob, wie Walther (aaO) meint, anders zu entscheiden ist, wenn ein unbefugter Benutzer ein Kraftfahrzeug irgendwo im Verkehrsbereich stehen läßt um es nie mehr zu benutzen, bedarf keiner Prüfung, da ein solcher Fall hier nicht gegeben ist. In dem zu entscheidenden Falle war der Lastzug auf dem Wege zu einem bestimmten Ziele und geplant, die Fahrt fortzusetzen.

Gegenüber dieser Auffassung glaubt Roth-Stielow (DAR 1958, 123) den Vorwurf erheben zu können, sie durchbreche die Grenze, die dem Richter in der Gesetzesauslegung gesetzt sei. Dabei geht er von der Annahme aus, es liege „eine klare andersartige Weisung des Gesetzes“ vor, gegen die hier verstoßen werde. Schon dieser Ausgangspunkt ist verfehlt. Das Gesetz gibt keine nähere Bestimmung des Begriffs „bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs“ und spricht, wie Böhmer (VersR 1957, 587) zutreffend ausführt, mit keinem Wort davon, daß ein Unfall bei dem Betrieb nur dann vorliege, wenn das Fahrzeug in Bewegung sei oder sein Motor laufe. Hat aber der Gesetzgeber keine nähere Erläuterung gegeben, so ist es Aufgabe des Richters, diesen vieldeutigen Begriff auszulegen. Der Richter ist daher nicht gehindert, den Betriebsbegriff des § 7 StVG weit auszulegen, wenn er damit dem Sinn und Zweck des Gesetzes, die Verkehrsteilnehmer vor den Gefahren des Kraftfahrzeugverkehrs zu schützen, gerecht wird. Es liegt daher durchaus im Rahmen einer zulässigen Gesetzesauslegung, wenn dieser Schutz der Verkehrsteilnehmer auch auf die Gefahren erstreckt wird, die bei den heutigen Verkehrsverhältnissen von stillstehenden Fahrzeugen ausgehen.

Selbst wenn der Gesetzgeber im Jahre 1908 die Hauptgefahr des Kraftfahrzeugs in seiner auf der Motorkraft beruhenden schnellen Bewegung gesehen hat und für ihn daher die maschinentechnische Seite des Betriebsbegriffs im Vordergrund stand, würde dies nicht ausschließen, den Begriff „bei dem Betrieb“ eines Kraftfahrzeugs den Erfahrungen und Erfordernissen der heutigen Verkehrsverhältnisse anzupassen. Wie schon in anderem Zusammenhang hervorgehoben wurde, gehen nach den Erfahrungen des modernen Verkehrs die Gefahren des Kraftfahrzeugverkehrs nicht nur von dem Motor als solchem und seiner Einwirkung auf das Kraftfahrzeug aus, sondern von der gesamten Abwicklung des Verkehrs. Das Kraftfahrzeug selbst bildet im Rahmen des Straßenverkehrs eine erhebliche Gefahr. Mit Recht weist daher Wussow (Das Unfallhaftpflichtrecht 6.

Aufl Textziffer 542) darauf hin, daß gerade unter dem Gesichtspunkt der Gefährdung von dem der Gesetzgeber ausgeht, die verkehrstechnische Seite sehr viel stärker in den Vordergrund tritt als die Gefahr, die vom Kraftfahrzeugmotor ausgeht. Der Richter würde seiner Aufgabe nicht gerecht, wenn er unter diesen Umständen an dem viel zu engen maschinentechnischen Betriebsbegriff festhalten würde. Seine Bindung an Gesetz und Recht (Art 20 Abs 2 GG) gestattet ihm nicht nur, das Recht im Sinne seiner Weiterentwicklung durch Auslegung des gesetzten Rechts fortzubilden, sondern verpflichtet ihn sogar dazu, wenn die Findung einer gerechten Entscheidung dies erfordert. Höher als der Wortlaut des Gesetzes stehen sein Sinn und Zweck. Diese im Einzelfalle der Rechtsanwendung nutzbar zu machen und den Streitfall einer billigen und vernünftigen Lösung zuzuführen, ist die Aufgabe des Richters (BGHZ 17, 226, 276). Er darf, wie Radbruch (Rechtsphilosophie 4. Aufl S 211) es ausdrückt, den Gedanken des Gesetzgebers nicht nur nachdenken, sondern soll ihn darüber hinaus auch zu Ende denken. Nichts anderes tut der Richter aber, wenn er den Betriebsbegriff des § 7 StVG den Erfahrungen und Erfordernissen der Neuzeit anpaßt, um auf diese Weise dem Willen des Gesetzes gerecht zu werden, der dahin geht, einen weitgehenden Schutz gegen die Gefahren des Kraftfahrzeugverkehrs zu gewährleisten.

Jedenfalls kann nicht angenommen werden, daß die Beurteilung des Betriebsbegriffs unter verkehrstechnischem Gesichtspunkt, wie sie seit langem in der Rechtsprechung vorherrscht, dem Willen des heutigen Gesetzgebers widerspricht, denn er hat zwar wiederholt andere Bestimmungen des Straßenverkehrsgesetzes geändert, den Wortlaut des § 7 Abs 1 StVG dagegen beibehalten, obwohl ihm die seit langem gefestigte Rechtsprechung zu dem Begriff „bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs“ bekannt war.

III. Nach alledem hat das Berufungsgericht mit Recht den Schaden des Klägers nach § 17 StVG verteilt und bei der Prüfung, inwieweit er vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist, in erster Linie die Betriebsgefahr beider Lastzüge berücksichtigt. (Es folgen Ausführungen zur Abwägung).

Schäden am Haus infolge einer mit Motorkraft betriebenen Öltankbefüllung liegen dagegen außerhalb des betriebstypischen Risikos:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 23.05.1978, Az: VI ZR 150/76

Leitsatz

Ein Unfall, der sich beim Einfüllen von Öl mittels der Motorkraft eines Tankwagens außerhalb des Verkehrsraums ereignet, ist nicht dem „Betrieb“ des Kraftfahrzeuges zuzurechnen.

Fundstelle

BGHZ 71, 212-216 (LT1)

### Tatbestand

Die Beklagte lieferte dem Kläger, der bei der Firma G. Heizöl bestellt hatte, am 20. Februar 1975 in deren Auftrag das Öl an. Ihr Angestellter K. fuhr mit dem Tankfahrzeug der Beklagten vor das Grundstück des Klägers. Sodann befüllte er den im Keller untergebrachten Öltank, der mit einem Grenzwertgeber ausgestattet war, mit Hilfe der Motorkraft des Tankwagens. Dabei trat Öl durch das Entlüftungsrohr des Tanks aus und durchtränkte Teile des Mauerwerks sowie des umliegenden Erdreiches.

Der Kläger verlangt von der Beklagten Ersatz seines Schadens. Zur Begründung trägt er vor, das Öl sei entweder durch eine Nachlässigkeit des Tankwagenfahrers oder durch einen Fehler in der Abschaltautomatik des Tankfahrzeuges verursacht worden.

Die Beklagte behauptet, alle Einrichtungen des Tankfahrzeuges hätten fehlerfrei funktioniert, auch habe ihr Angestellter K. den Abfüllvorgang sorgfältig überwacht. Die Ursache für das Überlaufen des Öls müsse deshalb im Verantwortungsbereich des Klägers zu suchen sein.

Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer (zugelassenen) Revision verfolgt sie ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

### Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Ölschaden habe sich im Rechtssinne beim Betrieb des Tankfahrzeuges der Beklagten ereignet, so daß diese dem Kläger nach § 7 StVG haftbar sei. Der Schutzbereich dieser Vorschrift umfasse auch Schäden beim Entladen eines Tanklastzuges mit Hilfe der vom Motor betriebenen Einrichtungen. Der Beklagten hätte es daher nach § 7 Abs 2 StVG obgelegen, den Beweis zu erbringen, daß der Ölunfall für sie ein unabwendbares Ereignis dargestellt habe, das aber sei ihr nicht gelungen.

II. Das angefochtene Urteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Ansicht des Berufungsgerichts, der Ölschaden im Keller des Klägers habe sich „bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeuges“ im Sinne von § 7 StVG ereignet, kann nicht gefolgt werden.

1. Der Senat hat bereits in seinem Urteil vom 27. Mai 1975 (VI RZ 95/74 (Silo-Fall) - VersR 1975, 945 = NJW 1975, 1886) eingehend zu der Frage Stellung genommen, unter welchen Umständen das Ingangsetzen der Betriebseinrichtungen eines Sonderfahrzeuges mittels dessen Motors dem „Betriebe“ des Kraftfahrzeuges iS des § 7 StVG zuzurechnen ist. Denn wie bei jeder Haftungsnorm muß auch bei dieser Vorschrift geprüft werden, ob die durch den Betrieb des Kraftfahrzeuges verursachte Folge, für die Ersatz zu leisten ist, auch vom Schutzbereich der Vorschrift umfaßt ist. Das ist, wie er dort ausgesprochen hat, dann nicht mehr der

Fall, wenn ein Zusammenhang mit der Bestimmung des Kraftfahrzeuges als Beförderungsmittel im Verkehr nicht mehr besteht, das Fahrzeug vielmehr nur noch als Arbeitsmaschine eingesetzt wird. Wenn, wie auch im Streitfall, die Maschinenkraft des Motors und die von diesem angetriebene besondere Betriebseinrichtung eines solchen Tankwagens zum Entladen benutzt werden, dann kommt es entscheidend darauf an, ob sich der schädliche Erfolg wegen der besonderen Bauart und der mit ihr verbundenen Betriebseinrichtung des Fahrzeuges verwirklicht hat, oder ob dabei die Funktion als Arbeitsmaschine im Vordergrund gestanden hat.

Das verkennt im Grundsatz auch das Berufungsgericht nicht. Es meint jedoch, die angeführte Senatsentscheidung stehe der Annahme, der Schaden des Klägers habe sich beim Betriebe des Tankfahrzeuges ereignet, nicht entgegen, weil dessen Einrichtungen nur zum Entladen in Betrieb genommen worden seien. Insofern beharrt es auf dem Standpunkt, den es bereits in seinem Urteil vom 22. September 1970 eingenommen hat (OLGZ 1971, 168) - eine Entscheidung indes, die der Senat schon in seinem soeben erwähnten Urteil vom 27. Mai 1975 als bedenklich angeführt hat. Er hat dort die Frage, ob auch ein beim Einfüllen oder Abfüllen von Öl durch einen Tanklastzug verursachten Unfall unter § 7 StVG fällt, allerdings noch offen gelassen. Die Frage ist jetzt zu entscheiden und ist entgegen dem Standpunkt des Berufungsgericht zu verneinen.

Richtig ist zwar, daß zum „Betrieb“ eines Kraftfahrzeuges nicht nur seine Fortbewegung, sondern auch das Beladen und Entladen gehört, und dies auch dann, wenn letzteres mit den Einrichtungen erfolgt, mit denen Sonderfahrzeuge (hier: Kesselwagen) ausgerüstet sind (vgl RGZ 132, 262, 265; 160, 129, 132). Unfälle, die mit dem Entlade-Vorgang zusammenhängen (das Öl läuft auf die Straße, weil der Abfüllschlauch undicht ist; jemand stolpert über den Schlauch udgl), stehen daher mit dem Betrieb im äußeren und inneren Zusammenhang. Im Streitfall ist das aber anders: Der Schaden ist nicht beim Entladen, sondern sozusagen beim Beladen des Öltanks im Hause des Klägers entstanden, indem ihm die Pumpe des Tankwagens zu viel Öl zugeführt hatte. Insofern unterscheidet sich aber der vorliegende Fall nicht von dem sogenannten Silo-Fall: Das mit dem Lastzug angefahrne Futter wurde mittels der vom Motor angetriebenen Vorrichtung in den Futter-Silo geblasen, mithin entladen. Trotzdem hat der Senat angenommen, der bei diesem Vorgang entstandene Schaden habe mit der von einem Kraftfahrzeug, und sei es auch ein Sonderfahrzeug, ausgehenden Gefährdung technisch und auch rechtlich nichts mehr zu tun. Denn dieser spezielle Entladungsvorgang hatte keine Gefahr geschaffen, die von dem Kraftfahrzeug in seiner Eigenschaft als einer dem Verkehr dienenden Maschine ausging, sei es durch seine Fortbewegung mittels seiner Motorkraft, sei es durch sein Vorhandensein im Verkehr. So wie dort ist auch hier zu fragen, ob der Verkehrsraum, der von dem Kraftfahrzeug benutzt wird, im Verlaufe des Ladegeschäftes in Anspruch genommen und gefährdet worden ist (so zutreffend Jagusch, 23. Aufl § 7 StVG, Rdz 8; Krumme/Steffen § 7 StVG Anm 12; Pienitz/



Flöter, AKB, 4. Aufl § 10 Fn 27a). Ebensovienig wie der Schaden des Belieferten an seinem Futter-Silo durch das Einblasen des Futters noch einen Zusammenhang mit der Eigenschaft des Lieferfahrzeuges als eines Verkehrsmittels und Beförderungsmittels hat, ist das bei dem Schaden der Fall, den der mit Öl Belieferte auf seinem Grundstück erleidet. Das aus dem Tankwagen herausgepumpte Öl gefährdet unter solchen Umständen niemanden, der vor den Gefahren eines sich im Verkehr befindlichen Fahrzeuges, und sei es beim Entladen, geschützt werden müßte. Vielmehr hat sich der Schaden außerhalb des Verkehrsraumes ereignet, wobei sich nur die Funktion der Betriebseinrichtung des Tankwagens als Arbeitsmaschine ausgewirkt hat. Dann aber greift die Gefährdungshaftung des § 7 StVG nach ihrem Sinn und Zweck nicht zugunsten eines „Verkehrsoffers“ ein, wie dies der Senat dem Kern nach bereits in seinem Urteil vom 27. Mai 1975 (aaO) entschieden hat; die dagegen von Wussow in WJ 1975, 138, 161, 195 erhobenen Bedenken vermögen nicht zu überzeugen. Mit Recht weist die Revision darauf hin, daß das Auslaufen von Heizöl aus dem Entlüftungsrohr des Vorratstankes (wie auch etwa ein sonstiges Überlaufen bei Überfüllung des Vorratstankes) nur die typische Verwirklichung der Gefahr des mechanischen Einfüllvorganges darstellt, für die der Motor des Fahrzeuges lediglich als Antriebskraft der Pumpvorrichtung von Bedeutung ist. Eine Haftung der Beklagten nach § 7 StVG scheidet mithin im Streitfall aus (so jetzt auch Darkow in KV-Recht von A - Z, Betrieb des Kraftfahrzeugs VI B 4; unrichtig KG VersR 1973, 665, 666).

2. Das Berufungsgericht hat, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, nicht geprüft, ob die Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten aus unerlaubter Handlung nach § 831 BGB oder aus Vertragsverletzung (vgl dazu BGH Urt vom 27. Februar 1964 - VII ZR 207/62 - VersR 1964, 632) in Betracht kommt. Der Senat kann mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen dazu nicht selbst entscheiden. Vielmehr wird das Berufungsgericht diese Prüfung nachzuholen haben.

Von besonderer Delikatesse ist die Panik im Schweinestall, die durch einen Unfallknall ausgelöst worden ist:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat

Datum: 1991-07-02

Az: VI ZR 6/91

Leitsatz

Der Halter eines Kraftfahrzeuges haftet nicht für Schäden, die durch Panikreaktionen bei Tieren infolge von Unfallgeräuschen ausgelöst werden, wenn sich in dem Schadensfall in erster Linie ein von dem Geschädigten selbst gesetztes Risiko verwirklicht.

Fundstelle

ZIP 1991, 1216-1217 (LT)

NJW 1991, 2568-2569 (LT)

Tatbestand

Der Kläger ist Eigentümer eines landwirtschaftlichen Hofes, in dessen Stallungen er u.a. Schweinezucht betreibt.

Am 10. Februar 1989 fuhr der Erstbeklagte mit seinem Pkw, der bei der Zweitbeklagten haftpflichtversichert war, im Rahmen der Vorbereitung auf ein Autorennen auf der überwiegend von landwirtschaftlichen Fahrzeugen benutzten Straße Schwarzer Weg, um die bevorrechtigte Reichswaldstraße zu überqueren. An der Einmündung des Schwarzen Weges, der unmittelbar an dem Hof des Klägers vorbeiführt, stieß er mit der Frontseite seines Fahrzeuges gegen die linke vordere Seite eines auf der Reichswaldstraße herannahenden Pkw. Durch den Unfall entstand an beiden Fahrzeugen Blechschaden.

Der Zeuge B., der an einem am Schwarzen Weg gelegenen Fischteich geangelt hatte, wurde durch die Geräusche des Zusammenstoßes auf den Unfall aufmerksam und begab sich zur Unfallstelle. Eine Zeitspanne danach hörte er aus dem ca. 50 m von der Unfallstelle entfernten Schweinestall des Klägers Schweine quieken und kreischen, wie wenn sie geschlachtet würden. Deshalb suchte er den Kläger auf, der sich in seinem Wohnhaus aufhielt und noch nichts gehört hatte. Beide begaben sich in den Schweinestall. Dort stellten sie fest, daß die Schweine in Panik geraten waren und sich wie wilde Tiere gebärdeten; einige lagen bereits verendet auf dem Boden, andere bluteten. Der Kläger nimmt die Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch, den er mit 8.746,80 DM beziffert. Zur Begründung hat er vorgetragen, der Erstbeklagte habe den Unfall schuldhaft verursacht, die Schweine seien infolge des Unfallgeräusches in Panik geraten und dabei „aufeinandergelaufen“; dadurch seien sechs hochtragende Jungsauen verendet, und fünf andere Jungsauen hätten vorzeitig die Tracht abgesetzt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat sie dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Revision zugelassen.

Entscheidungsgründe

I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts spricht aufgrund der Aussage des Zeugen B. der Beweis des ersten Anscheins dafür, daß die Tiere infolge der Unfallgeräusche in Panik geraten und einige dadurch zu Schaden gekommen sind. Eine andere Ursache als der Unfallknall sei nicht ersichtlich. Eine Haftung für den durch den Unfall verursachten Schaden leitet das Berufungsgericht aus § 7 StVG und § 3 Nr. 1 PflVG her. Es ist der Auffassung, daß die Schadensursache nicht nur in der Empfindlichkeit der Schweine infolge der heutigen Aufzuchtswweise in engen Stallungen liege, sondern daß sich die typische Gefahr des Kraftfahrzeugverkehrs

auch noch in dem Lärm verwirkliche, den ein Verkehrsunfall verursache. § 7 StVG wolle den Straßenanlieger ebenso für schädigende Lärmeinflüsse auf empfindliche Haustiere schadlos halten, wie dies im Rahmen der Gefährdungshaftung für den Lärm eines tieffliegenden Düsenjägers und für die von einem Hubschrauber ausgehenden Erschütterungen anerkannt sei. Wie § 30 StVO erkennen lasse, gehöre der unnötige Lärm zu den Gefahren des modernen Kraftfahrzeugverkehrs.

II. Das Berufungsurteil hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

Es kann dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht verfahrensfehlerfrei zu der Auffassung gelangt ist, der Schaden des Klägers sei ursächlich auf den Unfallknall zurückzuführen. Jedenfalls vermag der Senat in sachlich rechtlicher Hinsicht der Auffassung des Berufungsgerichts, der Schaden sei dem Betrieb des Pkw des Erstbeklagten zuzurechnen, für den dieser nach § 7 StVG einzustehen habe, nicht beizupflichten.

1. Voraussetzung für die Halterhaftung nach § 7 StVG ist, daß der Schaden „bei dem Betrieb“ eines Kraftfahrzeuges entstanden ist.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist ein Schaden „bei dem Betrieb“ eines Kraftfahrzeuges entstanden, wenn sich die von dem Kraftfahrzeug als solchem ausgehende Gefahr auf den Schadensablauf ausgewirkt hat, wenn also das Schadensereignis in dieser Weise durch das Kraftfahrzeug mitgeprägt worden ist (BGHZ 37, 311, 315f.; 105, 65, 66f.; 107, 359, 366 m.w.N.; Senatsurteil vom 3. Juli 1990 - VI ZR 33/90 - VersR 1991, 111). Ob dies der Fall ist, muß in einer am Schutzzweck der Haftungsnorm orientierten wertenden Betrachtung beurteilt werden. Dabei ist im Hinblick auf den weiten Schutzzweck des § 7 StVG eine weite Auslegung geboten (BGHZ 105, 65, 66f.; 107, 359, 366). Das beruht auf dem Gedanken, daß die von Kraftfahrzeugen im Straßenverkehr ausgehenden Gefahren immer größer werden, diese aber im Interesse des technischen Fortschritts und des Funktionierens des modernen Massenverkehrs nicht verboten werden können und deshalb von dem einzelnen hinzunehmen sind. So gesehen ist nicht nur die Gefährdungshaftung als solche, sondern auch deren weite Ausdehnung gleichsam der Preis für die Inkaufnahme dieses ständig zunehmenden Gefahrenpotentials.

b) Auf der anderen Seite sind einer Haftung aus § 7 StVG Grenzen gesetzt, die sich ebenfalls aus dem Schutzzweck der Vorschrift ergeben (BGHZ 79, 259, 263). Die Haftung wird nicht schon durch jede Verursachung eines Schadens begründet, der im weitesten Sinne im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Kraftfahrzeuges ausgelöst worden ist. Eine Haftung tritt vielmehr erst dann ein, wenn das Schadensereignis dem Betrieb eines Kraftfahrzeuges nach dem Schutzzweck der Gefährdungshaftung auch zugerechnet werden kann. An diesem Zusammenhang fehlt es, wenn die Schädigung nicht mehr eine spezifische Auswirkung derjenigen Gefahren ist, für die die Haftungsvorschrift den Verkehr schadlos halten will (BGHZ 79, 259, 263; Senatsurteil vom 1. Dezember 1981 - VI ZR 111/80 - VersR

1982, 243). Dies gilt insbesondere für Schäden, in denen sich ein gegenüber der Betriebsgefahr eigenständiger Gefahrenkreis verwirklicht hat (vgl. BGHZ 58, 162; 107, 359, 364; Urteil vom 3. Juli 1990 - VI ZR 33/90 - VersR 1991, 111).

2. Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe kann dem Berufungsgericht nicht darin gefolgt werden, daß der bei dem Kläger entstandene Schaden haftungsrechtlich dem Betrieb des Kraftfahrzeuges des Erstbeklagten zuzuordnen ist. Die Reaktion der Tiere, die zu dem Schaden des Klägers geführt hat, mag zwar durch den bei dem Unfall entstandenen Knall ausgelöst worden sein und hinge damit ursächlich mit dem Betrieb des vom Erstbeklagten gefahrenen Pkw zusammen. Auch läßt sich sagen, worauf das Berufungsgericht abstellt, daß sich Gefahren des Kraftfahrzeugverkehrs in dem Lärm verwirklichen können, den ein Verkehrsunfall verursacht.

Gleichwohl ergibt die am Schutzzweck orientierte Begrenzung der Halterhaftung hier, daß die Beklagten für den infolge des Unfalllärms im Schweinestall des Klägers eingetretenen Schaden nicht einzustehen haben. Denn in dem Schadensfall hat sich in erster Linie ein Risiko verwirklicht, das der Kläger dadurch selbst geschaffen hat, daß er seine Schweine unter Bedingungen aufgezogen hat, die sie für Geräusche, wie sie auch der Straßenverkehr mit sich bringt, besonders anfällig machen und zu Panikreaktionen unter den Tieren führen können, bei denen es zu Schäden der hier aufgetretenen Art kommen kann.

Die panikartigen Reaktionen der Schweine auf die Unfallgeräusche sind - wovon das Berufungsgericht ausgeht - auf eine ungewöhnliche Empfindlichkeit der Tiere zurückzuführen, die ihren Grund wiederum in den heutigen Aufzuchtbedingungen hat. Die moderne Intensivzucht, bei der Tiere größerer Anzahl in engen Stallungen zusammengehalten werden, führt dazu, daß vor allem Schweine bei außergewöhnlichen Geräuschen zu schreckhaften Reaktionen neigen, aggressiv werden und sich gegenseitig zu Tode bringen. Wenn sich der Geschädigte gleichwohl, ohne dazu gezwungen zu sein, zur Aufzucht von Schweinen unter diesen Bedingungen entschließt, setzt er die entscheidende Schadensursache selbst. Schweinehaltung unter diesen Bedingungen verträgt sich nicht mit derartigen Geräuschen, wie sie der Straßenverkehr gelegentlich mit sich bringt. Störungen und Einbußen sind deshalb vom Züchter einzukalkulieren. Bei wertender Betrachtung ist dies der Preis, den der Züchter für die gewählte Art der Schweinehaltung zahlen muß, nicht aber sind es Nachteile aus der Duldung des Kraftfahrzeugbetriebes, die § 7 StVG dem Betroffenen abnehmen will. So gesehen schafft der Kläger für seinen Betrieb einen gegenüber der Kfz-Betriebsgefahr eigenständigen Gefahrenkreis, dessen Risiken er selbst tragen muß. Schäden, in denen sich das selbst geschaffene Risiko realisiert, kann er billigerweise nicht mehr dem Kraftfahrzeughalter aufbürden. Eine Haftung für derartige Schäden wird vom Schutzzweck des § 7 StVG nicht mehr umfaßt. Ob dies auch dann gilt, wenn ein Dritter durch unfallbedingte Panikreaktionen von Schweinen zu Schaden kommt, bedarf hier keiner Entscheidung.

An dieser Beurteilung ändert sich nichts dadurch, daß die Art und Weise der Schweineaufzucht heutzutage nichts Außergewöhnliches mehr darstellen, also zu den normalen Erscheinungen des heutigen Lebens gehören und deshalb von jedermann, und damit auch vom Kraftfahrer, hinzunehmen sind. Haftungsrechtlich bleibt der Gesichtspunkt entscheidend, daß der Betreiber einer solchen Tierhaltung ein besonderes Risiko eingeht, dessen spezifische Auswirkungen er als eigenen Schaden selbst hinnehmen muß und sie nicht dem Kfz-Halter anlasten kann.

Im Ergebnis ebenso hat dies auch das Reichsgericht in dem ähnlich gelagerten Silberfuchse-Fall beurteilt (RGZ 158, 34). Es hat dem Gedanken Rechnung getragen, daß die Schädigung in jenem Fall durch einen bei objektiver Betrachtung an sich ungefährlichen Vorgang nur infolge einer ungewöhnlichen Empfindlichkeit der betroffenen Tiere eingetreten ist, die vom Züchter den Belastungen einer für die Tierart ungewohnten Umgebung ausgesetzt worden sind.

3. Die Entscheidung des Senats in dem sogenannten Hubschrauberfall (BGHZ 79, 259) steht der hier vorgenommenen Beurteilung nicht entgegen. Einmal handelte es sich in jener Entscheidung nicht um einen psychisch vermittelten, sondern physisch durch Luftdruck ausgelösten Schaden; zum anderen trafen die von dem Helikopter verursachten Druckwellen nicht auf ein extrem schadensanfälliges, sondern auf ein nur mit gewissen Stabilitätsmängeln versehenes Dach. Daß sich der Schutzzweck der Gefährdungshaftung aus § 33 LuftVG auch auf solche Gefahren erstreckt, unterlag „keinem vernünftigen Zweifel“ (BGH aaO S. 263).

Auch das Urteil vom 1. Dezember 1981 - VI ZR 111/80 - VersR 1982, 243, in dem der Senat eine Gefährdungshaftung nach dem LuftVG für einen Verkehrsunfall infolge Lärmirritation eines Kraftfahrers durch ein tieffliegendes Düsenflugzeug bejaht hat, führt zu keiner anderen Beurteilung. In jenem Fall hat der Senat darauf abgestellt, daß die plötzliche Lärmentwicklung durch ein tieffliegendes Düsenflugzeug häufig zu nicht steuerbaren Schreckreaktionen von Menschen und Tieren führe und daher als typischer Gefährdungsvorgang grundsätzlich in den Zurechnungsbereich der Gefährdung durch ein Luftfahrzeug falle. Schreckreaktionen mit Schadensfolgen können zwar bei Menschen und Tieren auch durch ein plötzliches und intensives Geräusch infolge eines Unfalls im Straßenverkehr, etwa wie hier beim Zusammenstoß von Kraftfahrzeugen, ausgelöst werden. Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht aber darin, daß der Kläger die Bedingungen dafür, daß die Schweine auch noch in einem 50 Meter entfernten Stall darauf panikartig reagieren und sich gegenseitig zu Tode bringen, erst eigentlich durch die Art der Tierhaltung selbst gesetzt hat.

4. Eine Haftung der Beklagten kommt auch nicht aus § 823 BGB wegen fahrlässig herbeigeführter Schädigung der Schweine in Betracht. Davon geht auch das Berufungsgericht aus. Die Erwägungen, die hier zur Verneinung einer Gefährdungshaftung führen, schließen auch eine Zurechnung des Schadens zur Verschuldenshaftung des erstbeklagten Kraftfahrers aus.

Zu dieser Entscheidung gibt es eine außerordentlich lesens- und beherzigenswerte Anmerkung von Kötz in NZV 1992, 218. Ich zitiere:

Daß dieser Fall auf das Prämienniveau in der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung oder in der Tierversicherung merklichen Einfluß ausüben oder sonstwie in der Haftpflichtpraxis die Welt bewegen wird, glaube ich nicht. Aber daß er eine Karriere als „Schulfall“ vor sich haben und dem deliktsrechtlichen Scharfsinn der Rechtsgelehrten als Wetzstein dienen könnte - das wird man nicht ausschließen können, und so sei denn mit den folgenden Überlegungen ein erster Stein ins Wasser geworfen.

1. Die Ausgangsfrage hat der Bundesgerichtshof vollkommen zutreffend gestellt: Ob der Beklagte nach § 7 StVG für den Schaden einzustehen hat, muß aufgrund „einer am Schutzzweck der Haftungsnorm orientierenden wertenden Betrachtung beurteilt werden“. Es kommt mithin darauf an, ob die Gefahr, die sich im vorliegenden Fall in dem Tierschaden verwirklicht hat, zu denjenigen Gefahren gehört, für die der Halter eines Kraftfahrzeuges nach dem Sinn des § 7 StVG einzutreten hat. Der Grundsatz, daß sich die Schadenzurechnung am Schutzzweck der Norm orientieren muß, gilt daher nicht nur bei der Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB, sondern auch bei der Gefährdungshaftung (vgl. BGHZ 37, 311, 315; 79, 259, 263; 107, 359, 367; BGH VersR 1982, 243, 244; BGH NVZ 1990, 425, 426 mit Anm. Lange. Ebenso das Schrifttum: vgl. Kötz, Deliktsrecht, 5. Aufl. (1991) Rn. 359, 385 ff.)

2. Zu den Gefahren, für die der Betreiber des mit einer Gefährdungshaftung belasteten Betriebes einzustehen hat, gehört auch die Gefahr, daß die akustischen Auswirkungen des Betriebes zu einer Schädigung Dritter führen. Daß der Halter eines Luftfahrzeugs für die Schäden aufkommen muß, die ein Kraftfahrer erleidet, wenn er - irritiert durch den Lärm eines tieffliegenden Flugzeugs - an einem Baum fährt, hat der Bundesgerichtshof selbst entschieden (BGH VersR 1982, 243). Das gleiche wird für die Haftung des Tierhalters und des Eisenbahnunternehmers gelten müssen, wenn durch das Gebell eines Hundes oder den Pfiff einer Lokomotive eine Schreckreaktion bei einem Menschen oder einem Tier ausgelöst wird und es infolgedessen zu einem Schaden kommt. Keinen Unterschied macht es, daß in diesen Fällen der Schaden nicht auf einen Zusammenprall physisch wirkender Kräfte zurückgeht, sondern „psychisch vermittelt“, nämlich durch eine Schreck-, Flucht- oder Schutzreaktion des betroffenen Menschen oder Tieres herbeigeführt wird. Ebenso wenig wird es darauf ankommen können, daß es sich bei Hundegebell, bei Lokomotivpfeifen oder beim Motorenlärm eines Flugzeugs im allgemeinen um die akustischen Auswirkungen eines störungsfrei verlaufenden „Normalbetriebes“ handelt, hier hingegen um das Geräusch eines Autounfalls, also eines ungewollten „Störfalles“ handelt. Aus diesen Gründen ist auch im vorliegenden Fall davon auszugehen, daß der Schaden an den Tieren auf eine spezifische Gefahr des Betriebes von Kraftfahrzeugen zurückzuführen ist. Dies ist - so scheint es jedenfalls - auch die Ansicht des Bundesgerichtshofs. Denn auch nach seiner

Meinung „läßt sich sagen, worauf das Berufungsgericht abstellt, daß sich Gefahren des Kraftfahrzeugverkehrs in dem Lärm verwirklichen können, den ein Verkehrsunfall verursacht.“

Wenn der Bundesgerichtshof die Klage des Bauern gleichwohl abgewiesen hat, so deshalb, weil nach seiner Auffassung der Schadensfall „in erster Linie“ auf ein Risiko zurückzuführen ist, das der Bauer selbst geschaffen hat: Er habe seine Schweine in Massentierhaltung aufgezogen und dadurch die Gefahr einer Panikreaktion durch Geräuscheinwirkung „erst eigentlich“ selbst gesetzt. Dieses Ergebnis - nämlich die Abweisung der Klage - läßt sich durchaus mit der Annahme vereinbaren, daß die Voraussetzungen des § 9 StVG im vorliegenden Fall an sich erfüllt sind. Denn anerkannt ist nicht nur, daß sich ein Kläger als Tierhalter die mitwirkende Sach- und Betriebsgefahr seiner Tiere gemäß §§ 9 StVG, 254 BGB auf seinen Ersatzanspruch anrechnen lassen muß, und zwar auch dann, wenn ihn ein Mitverschulden nicht trifft; anerkannt ist auch, daß der dem Kläger anzurechnende Verursachungsbeitrag den des Beklagten so stark überwiegen kann, daß sein Ersatzanspruch ganz ausgeschlossen wird.

Ob der Bundesgerichtshof schon die Voraussetzungen des § 7 StVG verneint oder sie zwar bejaht, aber die Haftung des Beklagten auf dem eben geschilderten Wege ausgeschlossen hat, wird aus dem Urteil leider nicht ganz deutlich. In dem berühmten „Silberfuchsfall“, den auch der Bundesgerichtshof zitiert hat (RGZ 158, 34), wird zwischen diesen beiden Wegen klar geschieden. Wenn - so hat das Reichsgericht ausgeführt - die Silberfuchse des Klägers durch den „Anblick und das Geräusch eines in größerer Höhe ruhig dahinfliegenden Flugzeugs“ in Panik verfallen seien, so komme von vornherein eine Haftung des Luftfahrzeughalters nicht in Betracht, weil der in diesem Falle eingetretene Schaden „außerhalb der vom Gesetz gewollten Regelung liegt“. Wenn hingegen „die bei den Silberfuchsen hervorgerufene Schockwirkung darauf zurückzuführen wäre, daß ein Flugzeug in geringer Höhe oder mit übermäßigem Geräusch auf die Sinne der Tiere ... eingewirkt hätte“, so seien die Voraussetzungen der Gefährdungshaftung des Luftfahrzeughalters gegeben. Jedoch müsse in diesem Fall der Ersatzanspruch des Klägers insoweit gemindert werden, „als der Schaden durch ein die Voraussetzung des § 833 Satz 1 BGB erfüllendes Verhalten der Silberfuchse mitverursacht worden sei“. Mir scheint, daß der vorliegende Fall in die zuletzt genannte Kategorie gehört, weil die Schweine des Klägers nicht durch das Geräusch des ruhig dahinfließenden Kraftverkehrs, sondern durch den plötzlichen Krach zweier in nächster Nähe zusammenstoßender Kraftfahrzeuge in Panik versetzt worden sind. Freilich kommt es auf diese Frage nicht entscheidend an. Denn auch wenn der Bundesgerichtshof den hier bevorzugten Weg gegangen wäre, hätte er den vom Kläger gesetzten Verursachungsbeitrag als überwiegend ansehen und die Klage in vollem Umfang abweisen können. Allerdings wäre auch eine Teilung des Schadens in Betracht gekommen.

3. Entscheidend ist aber, ob man dem Bundesgerichtshof in der Annahme wirklich folgen kann, es habe sich der Bauer den Schaden deshalb selbst zuzuschreiben,

weil die ungewöhnliche Geräuschempfindlichkeit der Schweine ihren Grund in den von ihm gewählten Aufzuchtbedingungen hat. „Die moderne Intensivzucht, bei der Tiere in größerer Zahl in engen Stallungen zusammengehalten werden“, führe dazu, „daß vor allem Schweine bei außergewöhnlichen Geräuschen zu schreckhaften Reaktionen neigen, aggressiv werden und sich zu Tode bringen.“ Der Kläger selbst sei es daher, der - wenn auch schuldlos und im Einklang mit der heute üblichen Zuchtpraxis - die Bedingungen für den Schaden „erst eigentlich durch die Art der Tierhaltung selbst gesetzt hat“.

a) Man fragt sich zunächst, woher der Bundesgerichtshof diese kühne Erkenntnis nimmt. Denn wenn er behauptet, es habe die Geräuschempfindlichkeit der Schweine ihre Ursache in den Aufzuchtbedingungen der Intensivhaltung, so sagt er damit gleichzeitig, daß die Schweine die Geräuscheinwirkungen unbeschadet überstanden hätten, sofern sie unter „natürlichen“ Bedingungen gehalten worden wären. Das aber erscheint mir zweifelhaft. Schweine sind - wie man hört - sowohl sehr intelligente wie sehr sensible Tiere, und das legt die Vermutung nahe, daß sie auf Unfallgeräusche der hier in Rede stehenden Stärke und Plötzlichkeit in jedem Falle panisch reagieren, ohne daß es auf die Besonderheiten ihrer Aufzuchtbedingungen wesentlich ankommt. Die gegenteilige Annahme, auf der das Urteil des Bundesgerichtshofs beruht, scheint auf den tierpsychologischen Kenntnissen des Senats zu beruhen; ein Sachverständigen gutachten wäre aber wohl vorzuziehen gewesen. Zwar heißt es in dem Urteil, daß auch das Berufungsgericht die Empfindlichkeit der Schweine mit den besonderen Aufzuchtbedingungen der Intensivhaltung in Zusammenhang gebracht habe. Aber für das Berufungsgericht war diese Annahme folgenlos und nicht beweisbedürftig, da es der Klage des Bauern aus § 7 StVG in vollem Umfang stattgegeben, also aus jener angeblichen kausalen Verknüpfung von Intensivzucht und Geräuschempfindlichkeit keinerlei Folgen zum Nachteil des Bauern gezogen hat.

b) Fragen bleiben aber auch dann, wenn man sich die Auffassung des Bundesgerichtshofs zu eigen macht. Selbst wenn in der modernen Intensivzucht eine Ursache des Unfallschadens liegen sollte, so bleibt doch immer noch die Frage, warum der moderne Kraftverkehr ganz ungeschoren davonkommt. Warum gießt der Bundesgerichtshof die ganze Schale seines Zorns auf die Massentierhaltung und nicht auch auf den Kraftverkehr aus? Gewiß: Denkt man sich die Schweine unter den idyllischen Bedingungen einer vergangenen Zeit aufgezogen, so wäre der Schaden nicht eingetreten - das jedenfalls meint der Bundesgerichtshof. Aber ebensowenig wäre es zu dem Schaden gekommen, wenn Personen und Güter noch immer wie in der guten alten Zeit mit Postkutschen und Ochsenkarren befördert würden. Es führt kein Weg daran vorbei, daß der hier eingetretene Schaden auf das Zusammenwirken der spezifischen Risiken sowohl des modernen Kraftverkehrs wie auch der modernen Intensivtierhaltung zurückzuführen ist.

4. Der Bundesgerichtshof hat zwar seinen Ausgangspunkt zutreffend gewählt, indem er nicht auf die „Verursachung“ des Schadens, sondern darauf abgestellt hat,



ob er auf die Verwirklichung einer Gefahr zurückzuführen ist, für die der Kraftfahrzeughalter nach dem Schutzzweck des § 7 StVG einzustehen hat. Diesem Ausgangspunkt ist er aber im Verlauf der Urteilsbegründung untreu geworden. Denn am Ende hat der doch wieder darauf abgehoben, daß es letztlich der Bauer gewesen sei, der durch die von ihm gewählte Art der Tierhaltung die Schweine besonders geräuschempfindlich gemacht und damit die „entscheidende Schadensursache“ selbst gesetzt hat. Vom logischen Standpunkt aus genauso zulässig und vielleicht genauso plausibel wäre es gewesen, wenn man die „entscheidende Schadensursache“ in den besonderen Gefahren des modernen Kraftverkehrs gesehen hätte. Auch dies wäre freilich unbefriedigend gewesen. Der vorliegende Fall ist dadurch gekennzeichnet, daß zwei erlaubte Tätigkeiten - der Kraftverkehr und die Schweinezucht - in räumlicher Nachbarschaft gleichzeitig stattfinden und früher oder später miteinander in Kollision geraten. Wer in einem solchen Fall die Frage der Haftung für den entstandenen Schaden danach entscheiden will, welche der beiden Tätigkeiten den Schaden „verursacht“ hat - und sei es auch nur „adäquat“, „in erster Linie“ oder „in entscheidender Weise“ - wird eine wirklich überzeugende Lösung nicht bieten können.

Fallsituationen von der hier gegebenen Art werden in der ökonomischen Theorie seit langem diskutiert. Dabei werden Lösungen vorgeschlagen, die auch der Richter berücksichtigen sollte, wenn ihm - wie hier - die gesetzlichen Vorschriften den dafür erforderlichen Interpretationsspielraum lassen. Ein Zweig der modernen ökonomischen Theorie beschäftigt sich nämlich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen Rechtsinstitutionen und Rechtsregeln - darunter auch haftungsrechtliche Regeln - einen Beitrag dazu leisten, daß mit Hilfe der knappen vorhandenen Ressourcen ein Maximum an gesamtgesellschaftlicher Wohlfahrt erreicht wird (vgl. zum folgenden Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts (1986) 115 ff.; Adams, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung (1985) 120 ff.). Haftungsregeln leisten einen solchen Beitrag dann, wenn sie Anreize setzen, durch die menschliches Verhalten in eine Richtung gesteuert wird, die die Erreichung dieses Ziels gewährleistet oder ihm nahekommt. In einem Fall, in dem zwei in räumlicher Nachbarschaft stattfindende Tätigkeiten früher oder später miteinander kollidieren und zu unvermeidbaren Schäden führen, ist dieses Ziel erreicht, wenn die Rechtsordnung dafür sorgt, daß die Summe des aus beiden Tätigkeiten gezogenen Nutzens so groß ist wie möglich. Das bedeutet, daß sie denjenigen mit den Kosten der genannten Schadensfälle belasten muß, der sie mit geringerem Aufwand als der andere vermeiden kann. Zwar erleidet der Belastete dadurch eine Minderung des aus seiner Tätigkeit erzielten Nutzens. Aber diese Minderung ist geringer, als sie für den anderen einträte, wenn dieser mit den Unfallkosten belastet würde, und daher ist die Summe des Nutzens, den beide aus ihren Tätigkeiten ziehen, in diesem Fall die größte. Der Sinn der Kostenbelastung liegt dabei nicht darin, daß die belastete Tätigkeit ganz eingestellt und Schadensfälle infolgedessen ganz vermieden werden. Vielmehr geht es nur darum, daß die belastete Tätigkeit auf ihren optimalen Umfang zurückgenommen und Schadensfälle auf das optimale

Niveau gesenkt werden. Dies geschieht dadurch, daß es unter denjenigen Personen, die die Tätigkeit betreiben, die eine oder andere geben wird, für die sich ihre Nutzen und Kosten annähernd die Waage halten und die, wenn die Belastung mit den Unfallkosten hinzukommt, zur Aufgabe oder Einschränkung der Tätigkeit veranlaßt wird.

Es kommt demnach darauf an, ob die Tierschäden der hier eingetretenen Art mit geringerem Aufwand von den Schweinezüchtern oder von den Kraftfahrern vermieden werden könnten. Wird die Frage so gestellt, dann zeigt sich sogleich, daß viel davon abhängen wird, welche der beiden parallel betriebenen Tätigkeiten „ortsüblich“ ist und welche nicht. Denkt man sich den Fall so, daß der klagende Bauer seine Schweinezucht unmittelbar neben einer vielbefahrenen, durch ein Gewerbegebiet führenden Straße betrieben hätte, so wäre klar, daß die Kosten der Schadensvermeidung, die den vielen Kraftfahrern durch besonders vorsichtige Fahrweise oder durch Nichtbenutzung der betreffenden Straße entstünden, weit höher lägen als der Aufwand, den zum gleichen Zweck der Bauer - etwa durch Aufgabe der Schweinezucht - treiben müßte. Im vorliegenden Fall ist es hingegen zu dem Unfall auf einer Nebenstraße gekommen, die durch ein Gebiet mit intensiver landwirtschaftlicher Nutzung führt. Der Aufwand, der von den Bauern dieses Gebiets zum Zweck der Schadensvermeidung getrieben werden müßte, bestünde darin, daß die Schweineställe aus der räumlichen Nähe zur Straße wegverlegt oder daß die Schweinezucht - so jedenfalls der Bundesgerichtshof - nicht in Form der Intensivhaltung betrieben oder von den Bauern ganz aufgegeben werden müßte. Dieser Aufwand wäre erheblich, weil er für zahlreiche Bauern auf eine wesentliche Beschränkung der ortsüblichen Formen der Nutzung ihrer landwirtschaftlichen Grundstücke hinausliefe. Hier spricht vieles dafür, daß der den Bauern entstehende Aufwand wesentlich höher liegt als der Aufwand, der den Kraftfahrern entstünde, wenn sie die betreffende Nebenstraße mieden oder sie mit geringerem Tempo oder besonderer Vorsicht benutzten. Daraus ergibt sich, daß der im vorliegenden Fall entstandene Schaden den Kraftfahrern (und nicht den Schweinezüchtern) zugerechnet werden sollte.

Der Fall liegt ähnlich wie in § 906 BGB. Hier wie dort geht es um die Zurechnung von Schäden, die aus der Kollision verschiedener, in räumlicher Nachbarschaft betriebener Tätigkeiten resultieren. Ebenso wie in § 906 Abs. 2 BGB die „ortsübliche“ Tätigkeit begünstigt, nämlich ihr Betreiber von Unterlassungsansprüchen freigestellt und Ausgleichsansprüchen nur unter besonderen Voraussetzungen ausgesetzt wird, sollte auch bei der Bestimmung des Schutzbereichs von § 7 StVG darauf abgestellt werden, ob der Kraftverkehr „ortsüblich“ ist und die von ihm ausgehenden Gefahren deshalb hingenommen werden müssen oder ob umgekehrt die beeinträchtigte Tätigkeit - hier: die Schweinezucht - „ortsüblich“ ist und deshalb ihre Betreiber - hier: die Schweinezüchter - Freistellung von den Schäden verlangen können, die sie durch den Kraftverkehr erleiden. Daß in beiden Fällen die „ortsübliche“ Tätigkeit zu privilegieren ist, hat seinen ökonomischen Grund darin, daß eine „ortsübliche“

Tätigkeit im Interesse der Schadensvermeidung zu verändern oder ganz zu unterlassen in der Regel einen höheren Vermeidungsaufwand fordert, als er durch die Vermeidung oder Unterlassung einer „nicht ortsüblichen“ Tätigkeit entsteht.

Gemeinsames Merkmal aller Gefährdungshaftungstatbestände im Bereich der Haftungsausfüllung war bis 2002 der Ausschluss des Schmerzensgeldes. Im Übrigen kennen die meisten Gefährdungshaftungen Haftungshöchstgrenzen. Eine Eingrenzung schon auf der Ebene der Haftungsbegründung nehmen manche Gefährdungshaftungstatbestände dadurch vor, dass sie die Haftung bei höherer Gewalt oder unabwendbaren Ereignissen ausschließen.

Die Gefährdungshaftung ist ein Kind der Industrialisierung und Technisierung der modernen Gesellschaft. Das „industrielle Haftungsrecht“ trat als Gefährdungshaftungsrecht auf und entwickelte sich bis auf den heutigen Tag außerhalb des BGB. Den Anfang bildete § 25 des Preußischen Eisenbahngesetzes von 1838. Diese Gefährdungshaftung des Eisenbahnbetriebsunternehmers für Personen- und Sachschäden der Fahrgäste und Arbeitnehmer wurde durch § 1 Reichshaftpflichtgesetz auf das gesamte Reichsgebiet ausgedehnt. Eine Erstreckung auf Bergwerke und Fabriken scheiterte an dem entschiedenen Widerstand der betroffenen Unternehmer. Dies führte zu dem Kompromiss einer Repräsentantenhaftung nach § 2 ReichshaftpflichtG (heute § 3 HaftpflichtG: unmittelbare Haftung des Geschäftsherrn für durch Verschulden seiner Leitenden Angestellten verursachten Tod oder Körperverletzung von Arbeitnehmern). Entsprechend den technischen Entwicklungsschüben wurden der Gefährdungshaftung nach und nach folgende Anwendungsgebiete erschlossen: die Kraftfahrzeughalterhaftung im Kraftverkehrsgesetz von 1909, die Halterhaftung von Luftfahrzeugen im Luftverkehrsgesetz von 1922, die Haftung der Inhaber von Energieleitungen (1943/1978), die Haftung für Wasserverunreinigung im Wasserhaushaltsgesetz von 1957, die Haftung des Betreibers von Atomkraftwerken im Atomgesetz von 1960, die Haftung der Hersteller von Arzneimitteln nach dem Arzneimittelgesetz von 1976, die Haftung des Herstellers fehlerhafte Produkte nach dem Produkthaftungsgesetz von 1989 und die Haftung der Betreiber bestimmter Anlagen bei Umwelteinwirkungen nach dem Umwelthaftungsgesetz von 1990. Auch das BGB kennt einen Gefährdungshaftungstatbestand: die Haftung des Halters von Luxustieren in § 833 BGB.

### *VIII. Beiträge mehrerer zum Schadensereignis*

Ein Schadensereignis beruht häufig nicht nur auf dem Beitrag eines Schädigers; es wirken vielmehr viele Beiträge bei dem Schadensereignis mit. Es kann sich um mehrere Schädiger handeln; es kann aber auch darum gehen, dass der Geschädigte selbst einen Beitrag zu seinem Schaden leistet. Auf die letztere Konstellation haben uns schon die Bemerkungen von Kötz zur „Panik im Schweinestall“ aufmerksam gemacht. Den Fragen, welche Rechtsfolgen das Zusammentreffen mehrerer Schädigungsbeiträge in der einen und der anderen Konstellation hat, wollen wir abschließend nachgehen.

#### **1. Der Eigenbeitrag des Geschädigten**

Die Grundnorm für die rechtliche Behandlung eines Eigenbeitrags des Geschädigten zu seinem Schaden ist in § 254 Abs. 1 BGB enthalten. Er befasst sich mit den rechtlichen Folgen gleichzeitiger Fremd- und Eigenschädigung. Sein Grundgedanke ist der, dem Geschädigten den Teil des erlittenen Schadens zu belassen, den dieser selbst zu verantworten hat. So einleuchtend der Grundgedanke ist, so schwierig ist es, ihn in Einzelentscheidungen umzusetzen. In der gerichtlichen Praxis spielt § 254 BGB eine überaus große Rolle, weil in ihn vielfältige Möglichkeiten zur Durchbrechung des Alles-oder-Nichts-Prinzips angelegt sind. Seine praktische Bedeutung steht allerdings im umgekehrt proportionalen Verhältnis zu seiner theoretischen Durchdringung. Zur Orientierung in der kaum mehr überschaubaren Kasuistik lassen sich drei Problembereiche angeben: Der erste betrifft die Frage, unter welchen Voraussetzungen überhaupt dem Geschädigten ein eigener Beitrag anspruchsmindernd in Rechnung gestellt wird; der zweite die Frage nach der Anspruchskürzung durch Schädigungsbeiträge Dritter und der dritte die erst nach der positiven Beantwortung von 1 und/oder 2 auftretende Frage nach den Kriterien für ein konkret durchzuführendes Abwägungsprogramm.

Frage 1 wird vom Gesetz unzureichend beantwortet. Das in § 254 Abs. 1 BGB allein genannte „Verschulden des Beschädigten“ hat einerseits zu zahllosen Spekulationen darüber geführt, ob man überhaupt von einem Verschulden gegen sich selbst reden könne. Diese Spekulationen sind praktisch unergiebig geblieben. Denn auch, wenn man meint, nicht von einem Verschulden gegen sich selbst reden zu können, weil eine Selbstschädigung nicht verboten sei, muss man das die Abwägung auslösende Programm an ein „Fehlverhalten“ des Geschädigten knüpfen, hinter dem sich regelmäßig Verschuldungsgesichtspunkte verbergen. Über eine folgenlose „façon de parler“ aber lohnt das Streiten nicht. Andererseits ist man

sich heute in Rechtsprechung und Lehre darüber einig, dass nicht nur ein Verschulden (Fehlverhalten) des Geschädigten, sondern auch die Verwirklichung von ihm beherrschter Betriebs- oder Stoffgefahren zu einer Kürzung seines Schadensersatzanspruchs führen kann (BGHZ 52, 106), so dass zum korrekten Verständnis des § 254 Abs. 1 hinter „Verschulden“ der Zusatz „oder eine Betriebs- bzw. Stoffgefahr“ eingefügt werden muss.

Bei diesem Befund stehen allein zwei dogmatische Konstruktionsprinzipien für die Antwort auf Frage 1 ernsthaft zur Diskussion. Das eine knüpft an die Zurechnung für Fremdschäden an und führt zur Verantwortung für Eigenschäden genau dann, wenn dieser als Fremdschaden ersetzt werden müsste. Dieses Prinzip wird - mehr oder weniger bewusst - von der Rechtsprechung verwendet. Das andere Konstruktionsprinzip befreit sich von der (hypothetischen) Fremdschadensperspektive und entwickelt eigene, auf die Frage des Selbstbehalts zugeschnittene Zurechnungskriterien. Die für den Selbstbehalt dann genannten Zurechnungskriterien (Fehlverhalten, Betriebs- oder Stoffgefahr) sind aber denen der Fremdschadenszurechnung so ähnlich, dass auch hier zunächst der Eindruck einer folgenlosen Scheinkontroverse entsteht.

Dennoch ist der Streit kein - im schlechten Sinne - akademischer. Denn es gibt unterschiedliche Entscheidungen je nach dem, welches der beiden Konstruktionsprinzipien man zugrunde legt. Im Rahmen des ersten, an der Fremdschadensperspektive ausgerichteten Prinzips ist es nur konsequent, wenn die Rechtsprechung die Anrechnung des Fehlverhaltens durch §§ 827, 828 BGB begrenzt (BGHZ 9, 316); die Billigkeitshaftung des § 828 BGB für anrechenbar erklärt (BGHZ 37, 102) und dem Fahrer eines Kraftfahrzeuges einen Selbstbehalt nur unter den Voraussetzungen des § 18 StVG (und nicht schon unter denen des § 7 StVG) ansinnt (BGH VersR 1963, 350).

Das von der Mindermeinung verfochtene zweite Konstruktionsprinzip führt zu Ergebnissen, die eher im Einklang mit dem Grundgedanken der Schadensabnahme stehen. Schäden, die jemand wegen seines eigenen objektiven Fehlverhaltens erleidet, muss er tragen, sei er taubstumm, minderjährig oder gesund und volljährig. Wenn nun das eigene objektive Fehlverhalten nicht alleinige Ursache der Schäden ist, sondern mit haftungsauslösenden Fremddursachen zusammentrifft, ist die Überwälzung der Schäden auf den haftpflichtigen Dritten auch nur in Höhe seines Verantwortungsteils gerechtfertigt, und dem Geschädigten verbleibt der Teil des Schadens, der seinem eigenen Fehlverhalten zuzuschreiben ist, wiederum unabhängig von seiner (allein zur Begrenzung der Fremdverantwortung geschaffenen) Unzurechnungsfähigkeit. Das Konstruktionsprinzip der Rechtsprechung bricht mit diesen Grundgedanken und ist deshalb abzulehnen. Das

Konstruktionsprinzip der Mindermeinung führt sodann unter folgenden Gesichtspunkten zum Selbstbehalt:

Objektives Fehlverhalten des Geschädigten: Bei der Festsetzung der Maßstäbe für ein objektives Fehlverhalten hat die Rechtsprechung erhebliche Entscheidungsspielräume. Ihre Entscheidungen grenzen - ähnlich wie die Festlegung von Sorgfaltspflichten bei der Haftungsbegründung - den Bereich ab, in dem man sich unbelastet von potentiellen Haftungs- und Selbstbehaltersrisiken frei bewegen kann. Anhaltspunkte für die Maßstäbe, deren Verletzung ein objektives Fehlverhalten begründet, lassen sich im Fremdhafungstest gewinnen: Löst die Verletzung des betreffenden Maßstabs eine Haftpflicht für Fremdschäden aus, so rechtfertigt sie auch den anteiligen Selbstbehalt von Eigenschäden. Hier wie dort aber ist darauf zu achten, dass die Freiheit zu schadensgeneigten Gewinnstätigkeiten eher eingeschränkt werden sollte als die Freiheit zur Gestaltung der persönlichen Lebensbedürfnisse. Schäden bei Sport und Spiel, die jemand erleidet oder zufügt, ohne dass er die spezifischen Spielregeln verletzt, rechtfertigen weder Haftpflicht noch Selbstbehalt.

Verwirklichung von Betriebs- und Stoffgefahren: Der unter diesem Gesichtspunkt gerechtfertigte Selbstbehalt des Geschädigten geht über das hinaus, was ihm im Haftungsbegründungsbereich an Fremdschadensabnahmen zugemutet wird. Das Grundprinzip lautet: Jeder Nutznießer von Betrieben und Stoffen, die zwar gefährlich, wegen ihres (in der Regel wirtschaftlich/technischen Nutzens) aber nicht verboten sind, muss sich seinen Schadensersatzanspruch kürzen lassen, wenn sich zusätzlich zur Fremdursache auch die spezifische Betriebs- oder Stoffgefahr schädigend ausgewirkt hat. Das gilt nicht nur für den Halter eines Kraftfahrzeugs, sondern auch für dessen Fahrer und Mitfahrer, die einen Nutzen aus dem gefährlichen Betrieb ziehen. Schließlich ist der Selbstbehalt auch bei der Verwirklichung von Gefahren solcher Betriebe und Stoffe geboten, für die ein Gefährdungshaftungstatbestand (noch) nicht geschaffen worden ist (Motorboot, Bagger auf Schienen). Das im Bereich der Haftungsbegründung der Entwicklung eines generellen Gefährdungshaftungstatbestand nur scheinbar im Wege stehende Analogieverbot, kann den Selbstbehalt auf keinen Fall hindern. Dem Geschädigten verbleiben die Schäden, die einem Betrieb oder einem Stoff entspringen, welche der Geschädigte trotz ihrer Gefährlichkeit zu seinem (wirtschaftlichen) Vorteil nutzt.

## 2. Beiträge des Geschädigten und von Nebentätern

Ein besonderes Problem ergibt sich dann, wenn ein eigener Schädigungsbeitrag des Geschädigten mit den Beiträgen verschiedener Nebentäter zusammentrifft. Hier kann die vom Bundesgerichtshof geforderte Einzelabwägung gegen den Beitrag des Geschädigten für jeden Schädiger ein anderes Ergebnis bringen. Alle Schädiger zusammen sollen aber nicht mehr leisten müssen, als sich bei einer Gesamtschau ihrer Beteiligung im Vergleich zu der des Geschädigten ergibt:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 16.06.1959, Az: VI ZR 95/58

Leitsatz

Mehrere Kraftfahrer, die durch verschiedene selbständige Verkehrsverstöße einen Unfall herbeigeführt haben, sind nicht Mittäter iS von BGB § 830 Abs 1 S 1. Nimmt der Geschädigte mehrere Nebentäter in Anspruch, so ist seine Mitverantwortung gegenüber jedem der Schädiger gesondert nach BGB § 254 (StVG § 17) abzuwägen (Einzelabwägung). Zusammen haben die Schädiger jedoch nicht mehr als den Betrag aufzubringen, der bei einer Gesamtschau des Unfallgeschehens dem Anteil der Verantwortung entspricht, die sie im Verhältnis zur Mitverantwortung des Geschädigten insgesamt tragen (Gesamtabwägung).

Fundstelle

BGHZ 30, 203 (LT1)

Tatbestand

Der Kläger fuhr am 5. September 1952 gegen 21 Uhr mit seinem Leichtmotorrad (DKW) auf der V. Straße in K. stadtauswärts. Als er sich zwischen der Kreuzung V. Straße/I. Straße und der rechtsgelegenen Tankstelle E. befand, bog der Beklagte E. mit einem Personenkraftwagen (Opel-Olympia Baujahr 1937) aus der Tankstelle nach rechts in die V. Straße ein. Der Kläger überholte den Wagen des E., wobei er zwischen den in der Mitte der Straße liegenden Straßenbahnschienen fuhr. Er stieß 22 m vor der Kreuzung V. Straße/E. Straße mit dem ihm entgegenkommenden Personenkraftwagen (Mercedes 170 S) des Beklagten B. zusammen, als er den Wagen des E. eben überholt hatte und noch nicht wieder nach rechts eingebogen war. Der Kläger stürzte mit seinem Motorrad und verletzte sich so schwer, daß sein linkes Bein amputiert werden mußte.

Er hat behauptet: Als E. mit seinem Wagen aus der Tankstelle herausgefahren sei, sei er, der Kläger, schon in unmittelbarer Nähe gewesen. Er sei durch E. behindert und zum Überholen gezwungen worden. Da E. wegen der rechts parkenden Fahrzeuge auf dem stadtauswärts führenden Gleis der Straßenbahn gefahren sei, habe er selbst zwischen den beiden Gleisen fahren müssen. Während er den Wagen des E. überholt habe, habe dieser seine Fahrt beschleunigt und dadurch das Überholen verzögert. Daher habe er nicht rechtzeitig wieder nach rechts

hinüberlenken können. Der Beklagte B. habe zum Überholen eines vor ihm fahrenden Wagens angesetzt und sei dabei ebenfalls zwischen den Schienen gefahren. Er habe ihn, den Kläger, bei gehöriger Aufmerksamkeit sehen müssen.

Der Kläger hat von den Beklagten die Hälfte seines Schadens ersetzt verlangt. Die Beklagten sind der Ansicht, der Unfall sei auf das alleinige Verschulden des Klägers zurückzuführen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, soweit sie gegen E. gerichtet ist, und hat den Klageanspruch gegen B. zu 1/5 des Gesamtschadens dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Auf die Berufungen des Klägers und des Beklagten B. hat das Oberlandesgericht den Klageanspruch, soweit er sich auf das Straßenverkehrsgesetz gründet, gegen beide Beklagte als Gesamtschuldner zu 2/5 des Gesamtschadens dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Gegen den Beklagten E. hat das Oberlandesgericht den bezifferten Klageanspruch auch nach bürgerlichem Recht zu 2/5 dem Grunde nach bejaht.

Die Revision der Beklagten hatte teilweise Erfolg. Der Bundesgerichtshof hat die Ansprüche gegen jeden der beiden Beklagten zu einem Fünftel des Gesamtschadens dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, jedoch zum Ausdruck gebracht, daß die beiden Beklagten zusammen für nicht mehr als insgesamt ein Drittel des Gesamtschadens aufzukommen brauchen.

#### Entscheidungsgründe

Die Revision des Beklagten E. kann keinen Erfolg haben, soweit er sich mit ihr dagegen wendet, daß das Berufungsgericht seine Ersatzpflicht zu 1/5 des Gesamtschadens des Klägers bejaht hat.

Der Beklagte B. kann mit seiner Revision ebenfalls nicht mit Erfolg geltend machen, daß er für den Schaden des Klägers überhaupt nicht einzustehen habe.

Beide Beklagte wenden sich aber mit Recht dagegen, daß das Berufungsgericht ihre Haftungsquoten von je 1/5 addiert und sie daher für 2/5 des Gesamtschadens und für 4/5 der mit der Leistungsklage geltend gemachten Schadenshälfte als Gesamtschuldner behandelt hat.

1. Zuzustimmen ist dem Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß die Mitverantwortung des Klägers gegenüber jedem Beklagten getrennt abzuwägen ist. Es hat daher mit Recht den § 254 BGB zunächst auf das Verhältnis des Klägers zum Beklagten E. angewandt und anschließend geprüft, wie der Schaden nach § 254 BGB im Verhältnis des Klägers zu dem Beklagten B. zu verteilen ist. Diese gesonderte Abwägung ist erforderlich, weil dem Kläger gegen jeden Beklagten ein selbständiger Schadenersatzanspruch zusteht. Jeder von ihnen hat eine von ihm zu verantwortende adäquate Ursache für die Entstehung des Schadens gesetzt und einen gesetzlichen Haftungstatbestand verwirklicht (§§ 823 BGB, 7, 18 StVG).



Hätte der Kläger die Schadenersatzklage nur gegen einen der beiden Beklagten erhoben, so könnte er von ihm 1/5 seines Gesamtschadens (= 2/5 der eingeklagten Schadenshälfte) ersetzt verlangen. Daß er die Beklagten gleichzeitig zur Verantwortung zieht, ist kein Grund, bei der Abwägung nach § 254 BGB seiner Verantwortungssphäre eine gemeinsame Verantwortungssphäre der beiden Beklagten gegenüberzustellen.

Eine solche Kumulierung der Verantwortungssphären mehrerer Schädiger mit der Folge, daß jeder im Verhältnis zum Geschädigten für den Unfallbeitrag des anderen mitverantwortlich wäre, ließe sich nur rechtfertigen, wenn die Voraussetzungen des § 830 Abs 1 Satz 1 BGB vorlägen, die mehreren Schädiger also den Schaden durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung verursacht hätten. Davon kann aber hier keine Rede sein. Es mag offenbleiben, ob die Anwendung dieser Bestimmung nicht schon daran scheitern muß, daß nur dem Beklagten E. eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 BGB zur Last zu legen ist, während B. lediglich aus dem Gesichtspunkt der Gefährdungshaftung (§§ 7, 18 StVG) zur Verantwortung gezogen werden kann. Jedenfalls fehlt es hier an einem gemeinschaftlichen Handeln der Beklagten. Allerdings haben beide zusammen den schädlichen Erfolg herbeigeführt. Das ist aber nicht durch ein gemeinschaftliches Handeln, sondern durch mehrere selbständige Einzelhandlungen geschehen. Auf einen solchen Fall der sogenannten fahrlässigen Nebentäterschaft ist § 830 Abs 1 Satz 1 BGB nicht anzuwenden. (Im Ergebnis ebenso Esser, Lehrbuch des Schuldrechts, 1949 § 317 S 434 und Erman/Drees, BGB Komm 2. Aufl § 830 Anm 4). Soweit das Reichsgericht in RGZ 58, 357 die Anwendung dieser Vorschrift an andere Voraussetzungen geknüpft hat, kann der Senat dem nicht zustimmen. Daß der Schaden durch das Zusammenwirken der mehreren Einzelhandlungen entstanden ist, kann auch dann, wenn zwischen diesen Einzelhandlungen ein näher örtlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht, nicht ausreichen, um bei der Abwägung jeden Täter mit den Unfallbeiträgen der anderen zu belasten. Auch das Reichsgericht hat in Fällen, in denen mehrere Kraftfahrer durch verschiedene selbständige Verkehrsverstöße einen Unfall herbeigeführt haben, nicht angenommen, daß die am Unfall beteiligten Fahrer Mittäter im Sinne des § 830 Abs 1 Satz 1 BGB sind.

2. Das Berufungsgericht glaubt, die Addierung der die Beklagten treffenden Schadensquoten von je 1/5 aus § 840 BGB herleiten zu können. Dabei übersieht es, daß die Beklagten nach dieser Bestimmung nur hinsichtlich 1/5 des Schadens Gesamtschuldner des Klägers sein können, denn nach § 840 Abs 1 BGB kann ein Gesamtschuldverhältnis nur insoweit entstehen, als die Verpflichtungen der Beklagten sich decken. Hier fehlt anders als in § 830 Abs 1 BGB eine Rechtsgrundlage dafür, bei der Abwägung einen einheitlichen, von beiden Beklagten gemeinsam zu vertretenden Verantwortungsbeitrag anzunehmen und ihn der Verantwortungssphäre des Klägers gegenüberzustellen. Eine solche Lösung setzte sich mit den anerkannten Grundsätzen in Widerspruch, die zu der Abwägung des § 254 BGB über die auf beiden Seiten zu berücksichtigenden Faktoren

entwickelt worden sind. Sie überschritte überdies die Grenzen, die das Haftungsrecht bei der Anrechnung fremden Verschuldens zieht. Die Unbilligkeit einer derartigen Lösung liegt darin, daß sie bei mehreren Tatbeteiligten jeden Beklagten das Ausgleichs-(Insolvent-)risiko für die übrigen Nebentäter tragen läßt, dagegen den in gleicher Weise oder gar überwiegend schuldigen Kläger von diesem Risiko völlig freistellt.

3. Führen die Einzelabwägungen zu gleichen Quoten (hier beide Beklagte je 1/5), so haften die Nebentäter nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl BGHZ 12, 213, 220 und Urt v 18. Januar 1957 - VI ZR 303/55 - VRS 12, 163 Nr 75 = VersR 1957, 167; RG DR 1940, 453) als Gesamtschuldner nach § 840 BGB für diese Quote, während der Kläger den Rest des Schadens selbst zu tragen hat. Diese Lösung kann nicht befriedigenden, weil sie dem Geschädigten weniger gewährt, als ihm bei einer Gesamtschau des Unfallgeschehens zukommen müßte. Das wird in besonderem Maße an dem Beispiel deutlich, daß Dunz in JZ 1955, 727 anführt. Haben zehn Personen durch gleichwertiges Verschulden einen elften Schaden zugefügt, so kann diese von jedem den vollen Schaden ersetzt verlangen. Ist nun einer von zehn gleichermaßen Verantwortlichen der Geschädigte, so führen die Einzelabwägungen dazu, daß im Verhältnis des Geschädigten zu jedem einzelnen Schädiger jeder von ihnen dem Geschädigten gegenüber für die Hälfte des Schadens verantwortlich ist. Wendet man die Regeln der Gesamtschuld in der Art der bisher herrschenden Praxis an, so könnte der Geschädigte insgesamt nur die Hälfte seines Schadens ersetzt verlangen, während ihm doch - die Zahlungsfähigkeit des Schädigers vorausgesetzt - die Befriedigung von neun Zehnteln des Schadens möglich gemacht werden müßte. Andererseits könnten die Schädiger im Wege des Ausgleichs erreichen, daß jeder von ihnen im Ergebnis nur ein Neuntel der Hälfte, also 1/18 aufzubringen hätte.

Dieses unbefriedigende Ergebnis der bisher herrschenden Rechtsauffassung beruht in erster Linie darauf, daß die Regeln der Gesamtschuld in diesen Fällen voreilig und schematisch angewandt worden sind. Gewiß ist auch bei Nebentätern § 840 Abs 1 BGB anzuwenden (vgl BGHZ 17, 214). Das bereitet keine Schwierigkeiten, wenn die mehreren Nebentäter für den vollen Schaden haften. Dann ist die für die Gesamtschuld charakteristische Situation gegeben, daß durch die Leistung eines Schuldners das volle Gläubigerinteresse befriedigt wird. Diese Identität des Leistungsinhalts fehlt aber mindestens teilweise, wenn den Geschädigten ein Mitverschulden trifft und die Abwägung nach § 254 BGB dazu führt, daß die Ersatzansprüche, die dem Verletzten gegen mehrere Nebentäter zustehen, zu mindern sind. Sie fehlt auch in dem jetzt zur Entscheidung stehenden Falle, denn die Schadensquote von 1/5, die E. auf Grund der Einzelabwägung zu leisten hat, ist mit der im Verhältnis des Klägers zu B. ermittelten Schadensquote von 1/5 weder wirtschaftlich noch auch rechtlich identisch. Durch die Erfüllung einer dieser beiden Schadensquoten erhält der Kläger noch nicht das, was ihm aus dem Schadensfall von B. und E. insgesamt gebührt. Damit ist die zweite Ursache dafür

berührt, daß das Ergebnis der bisherigen Rechtspraxis nicht befriedigen kann: Die Einzelabwägung zwischen dem Unfallbeitrag des Geschädigten und dem des jeweiligen Schädigers läßt so, wie sie bisher gehandhabt wurde, einen Blick auf das gesamte Unfallgeschehen vermissen und führt daher zu einer Schadensverteilung, die bei einer Gesamtschau nicht befriedigen kann.

4. Bei dem Versuche, für diese Fälle eine angemessene Lösung zu finden, könnte man an einer Gesamtbereinigung des Unfalls in dem Sinne denken, daß der Schaden im Verhältnis der Unfallbeiträge der an der Schadensentstehung beteiligten Personen aufgeteilt und jeder nur mit der ihn treffenden Schadensquote belastet wird. Für eine Generalsabrechnung auf dieser Grundlage ließe sich der Gedanke anführen, daß alle an dem Unfall Beteiligten, auch der mitverantwortliche Verletzte (§§ 254 BGB, 17, 7, 18 StVG), in einem Gemeinschaftsverhältnis stehen, zu dessen Lösung sie in der Art verpflichtet sein könnten, daß keiner von dem entstandenen Schaden mehr zu tragen hat, als es dem § 17 StVG oder dem § 254 BGB entspricht. Dieser Weg, bei dem der Schadensausgleich zwischen den mehreren Schädigern (Innenausgleich) bereits in den Rechtsstreit des Verletzten gegen den oder die Schädiger (Außenhaftung) hereingenommen würde, ist jedoch aus mehreren Gründen nicht gangbar.

Mit einer solchen Lösung würde ein Verteilungsverfahren geschaffen, für das eine gesetzliche Grundlage fehlt. Allerdings kennt das Seerecht in § 736 HGB eine ähnliche Regelung. Ist der Zusammenstoß mehrerer Schiffe durch gemeinsames Verschulden der Besatzung der beteiligten Schiffe herbeigeführt worden, so sind die Reeder dieser Schiffe für den Schaden, der den Schiffen oder den an Bord befindlichen Sachen zugefügt worden ist, - anders als bei Personenschaden - nur nach Verhältnis der Schwere des auf jeder Seite obwaltenden Verschuldens zum Ersatze verpflichtet. Hier ist an Stelle der Gesamthaft die Quotenhaftung eingeführt und damit die Trennung zwischen Außenhaftung und Innenausgleich beseitigt, die die Rechtspraxis sonst aus guten Gründen stets aufrechterhalten hat. Die Regelung des § 736 Abs 1 HGB gilt aber nur für dieses bestimmte Teilgebiet des Seerechts. Sie läßt sich auch auf das Recht des Kraftfahrzeugverkehrs und auch auf das allgemeine Haftpflichtrecht nicht übertragen. Vor allem ist dem § 17 StVG nichts dafür zu entnehmen, daß die Trennung zwischen Außenhaftung und Innenausgleich bei einem Zusammenstoß von Kraftfahrzeugen keine Geltung beanspruchen solle und daß die an dem Unfall beteiligten Fahrer und Halter dem Geschädigten gegenüber nur quotenmäßig haften sollen (vgl auch BGHZ 15, 133, 135).

Eine Quotenhaftung, wie § 736 Abs 1 HGB sie als Ausnahmeregelung vorsieht, würde den Geschädigten aber auch in vielen Fällen benachteiligen, denn sie würde ihm die Sicherung und die Vorteile nehmen, die die Gesamtschuld und die Trennung zwischen Außenhaftung und Innenausgleich ihm bieten. Bei quotenmäßiger Haftung könnte der Geschädigte in dem von Dunz angeführten Beispiel von jedem Schädiger nur 1/10 seines Schadens ersetzt verlangen, obwohl jeder der Schädiger eine adäquate Ursache zu dem Schaden gesetzt hat und den

Geschädigten im Verhältnis zu dem einzelnen Schädiger ein gleichwertiges Verschulden trifft, so daß es gerechtfertigt ist, ihm gegen den einzelnen Schädiger einen Anspruch auf Ersatz der Hälfte des Schadens zu gewähren.

Schließlich würde eine solche Quotenhaftung die Abwicklung zahlreicher Haftpflichtfälle in starkem Maße erschweren. Sehr häufig sieht der Geschädigte davon ab, alle Schadensschuldner aus einem Unfall in Anspruch zu nehmen. Er zieht es schon aus Gründen der Risikobeschränkung oft vor, den Anspruch gegen den Täter einzuklagen, hinsichtlich dessen die Voraussetzungen am leichtesten zu beweisen sind. Nach dem Prinzip der Quotenhaftung könnte in diesen Fällen die Schadensquote des Beklagten erst festgesetzt werden, nachdem der Ursachen- und Schuldbeitrag aller für den Unfall verantwortlichen Personen geklärt worden ist. In jedem Schadensersatzprozeß aus dem Gebiete des Straßenverkehrs müßte daher erörtert und geprüft werden, ob und welche andere an dem Rechtsstreit nicht beteiligte Personen für den Schaden haftbar sein könnten, ohne daß diese Prüfung Rechtskraftwirkung gegenüber den Haftpflichtigen hätte, die nicht an dem Rechtsstreit beteiligt sind. Damit würden oft umfangreiche Ermittlungen notwendig, bevor ein an sich einfacher Haftpflichtprozeß entschieden werden könnte. Diese Erschwernis wäre ebenfalls nicht mit den Vorteilen zu vereinbaren, die das Gesetz, besonders § 421 BGB, dem Geschädigten - auch wenn er mit verantwortlich ist - einräumen will. Es liegt in seinem Interesse, daß der Prozeßstoff beschränkt und damit eine baldige Entscheidung ermöglicht wird.

Aus all diesen Gründen kann das aufgezeigte Problem mit Hilfe einer Quotenhaftung nicht befriedigend gelöst werden.

5. Auch die Anregung, die Dunz (JZ 1955, 727 und 1957, 371) und Engelhard (JZ 1957, 369) gegeben haben, führen zu keiner klaren Lösung, wie Dunz in seiner zweiten Abhandlung selbst einräumt.

6. Ein befriedigendes Ergebnis ist nur zu erzielen, wenn man das Prinzip der Gesamtschuld mit dem Abwägungsprinzip des § 254 BGB (§ 17 StVG) in Einklang bringt und die Einzelabwägung mit einer aus der Gesamtschau gewonnenen Solidarabwägung (Gesamtabwägung) verknüpft. Das sei an einem Beispiel verdeutlicht. A hat durch eigene Unvorsichtigkeit und durch die schuldhafte Fahrweise der Kraftfahrer B und C einen Unfallschaden erlitten. Ist der Unfallbeitrag der drei Beteiligten gleich hoch und beträgt der Schaden des A 3.000 DM, so führt die Einzelabwägung dazu, daß der Unfallbeitrag des A im Verhältnis zu dem des B gleich hoch ist (1:1). Daher hat A von B 1.500 DM zu beanspruchen. Das gleiche gilt für das Verhältnis des A zu C. Verlangt nun A von B und C Schadensersatz, so ist nach dieser Einzelabwägung weiter zu prüfen, welcher Anteil der drei Beteiligten sich bei einer Gesamtschau ihrer Verantwortung für den Unfall ergibt. Da aus dieser Sicht A, B und C je 1/3 der Verantwortung trifft, hat A nur 1/3 seines Schadens (1.000 DM) selbst zu tragen, während er von B und C insgesamt 2/3 (2.000 DM) ersetzt verlangen kann. Die Verbindung dieser Abwägungsergebnisse (Einzel- und Gesamtabwägung) führt zu folgender Lösung:

„B und C haben an A insgesamt 2.000 DM zu zahlen, jedoch kann jeder von ihnen nur auf Zahlung von höchstens 1.500 DM in Anspruch genommen werden“. Oder anders ausgedrückt: „A kann von B 1.500 DM, von C ebenfalls 1.500 DM, von beiden zusammen aber nicht mehr als 2.000 DM ersetzt verlangen“. Der Ausgleich zwischen B und C bleibt auch hier dem Innenverhältnis überlassen. Hat B die von ihm geschuldeten 1.500 DM an A gezahlt, so schuldet C ihm 500 DM als Schadensausgleich nach § 17 StVG. A kann, da er in Höhe von 1.500 DM befriedigt ist, von C nur noch 500 DM beanspruchen.

Diese Lösung paßt das in solchen Fällen entstehende Gesamtschuldverhältnis unter Wahrung seiner rechtlichen Grundstruktur den Besonderheiten des Haftpflichtrechts an, wie sie durch das Abwägungsprinzip des § 254 BGB und verwandter Vorschriften gegeben sind, und führt zu dem gerechten Ergebnis, daß die an einem Unfall Beteiligten den Schaden entsprechend dem Grade ihrer Verantwortung zu tragen haben. Indem sie das Ergebnis der Einzelabwägung mit dem der Gesamtabwägung verknüpft, vermeidet sie die Nachteile, die der Geschädigte bisher hatte, wenn er mehrere Schädiger in Anspruch nahm. (A erhielt bisher 1.500 DM von B und C als Gesamtschuldern und mußte die Hälfte seines Schadens selbst tragen). Andererseits ist durch die Festlegung des Betrages, der sich als Ergebnis der Einzelabwägung ergibt, sichergestellt, daß kein Schädiger dem Geschädigten mehr als die ihrem Verhältnis zueinander angemessene Schadensquote zu zahlen hat (B 1.500 DM und C 1.500 DM). Soweit die Schuldbeträge sich decken, kommen dem Geschädigten die Sicherung und die Vorteile zugute, die sich für ihn aus dem Wesen der Gesamtschuld ergeben (§§ 840, 421 BGB).

Die aus der Gesamtschau zu gewinnende Schadensquote ist selbstverständlich nur zu ermitteln, wenn der Geschädigte gegen mehrere Schädiger gleichzeitig vorgeht oder wenn sich nach der Inanspruchnahme eines Schädigers die Frage stellt, was die übrigen Schädiger noch aufzubringen haben.

7. Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall der Parteien ist von den rechtsirrtumsfreien Einzelabwägungen des Berufungsgerichts auszugehen. Hiernach ergibt sich bei Zugrundelegung des Gesamtschadens für das Verhältnis des Klägers zu E. eine Schadensverteilung von 4/5 zu 1/5 und für das Verhältnis des Klägers zu B. die gleiche Schadensverteilung von 4/5 zu 1/5 im Rahmen des Straßenverkehrsgesetzes. Bei der Gesamtschau, die sich hieran anschließen muß, ist der Schaden unter den drei Beteiligten so zu verteilen, daß einerseits die Schadenquoten der beiden Beklagten gleich bleiben, andererseits sowohl im Verhältnis des Klägers zu E. als auch im Verhältnis des Klägers zu B. die Proportion 4:1 erhalten bleibt. Daher ergibt sich bei der Gesamtabwägung das Verhältnis 4:1:1. Das bedeutet, daß der Kläger zu 4/6 (2/3) und die beiden Beklagten zu je 1/6 verantwortlich sind, so daß der Kläger im Endergebnis 2/3 des Gesamtschadens selbst zu tragen hat und von den Beklagten 1/3 des Gesamtschadens ersetzt erhält, wobei er jeden Beklagten nur bis zu 1/5 dieses Schadens und B. nur nach dem Straßenverkehrsgesetz in Anspruch nehmen kann.

Da der Kläger mit dem bezifferten Klageantrag und mit dem Feststellungsantrag nur die Hälfte des Schadens geltend gemacht hat, ergibt sich, daß dieser Anspruch auf Ersatz der Schadenshälfte gegen E. zu 2/5, gegen B. zu 2/5 nach dem Straßenverkehrsgesetz dem Grunde nach gerechtfertigt ist, daß der Kläger von beiden zusammen aber nicht mehr als 2/3 dieser Schadenshälfte beanspruchen kann.

Akzeptiert man die Grundentscheidung des BGH (dazu Lange, § 10 XIII 3; Koch, NJW 1967, 181; Keuck, AcP 167, 175; Selb, JZ 1975, 193), so begegnet man Berechnungsfragen, die mit Hilfe folgender Formeln allgemein gelöst werden können (Eigner, JZ 1978, 50). Die von jedem einzelnen Schädiger geschuldete

Einzelquote ( $a_i$ ) beträgt  $\frac{s_i}{g + s_i}$  wobei  $g$  und  $s_i$  die Beteiligungsbeiträge des

Geschädigten  $G$  und des jeweiligen Täters  $S_i$  zum Gesamtschaden sind. Die Summe aller Beiträge (einschließlich des Geschädigtenbeitrages) beträgt notwendig 1. Jeder Einzelbeitrag hat einen Wert zwischen 0 und 1. Die Schädigergesamtquote, über die das Ersatzbegehren nicht hinausgehen darf, ist die Summe der Beteiligungsbeiträge (nicht der geschuldeten Einzelquoten!):

$$\sum s_i = 1 - g$$

Die von Eigner angegebene Formel  $\frac{\sum s_i}{g + \sum s_i}$

ist redundant, da der Nenner sämtliche Beiträge erfasst und damit notwendig 1 beträgt. Sollten die Beteiligungsbeiträge nicht bekannt, die geschuldeten Einzelquoten dagegen bekannt sein, so errechnet sich die Schädigergesamtquote

$$\text{aus } 1 - \frac{1}{1 + \sum \frac{a_i}{1 - a_i}} .$$

Die Problemlage wird noch komplexer, wenn die Zurechnungsfaktoren für einzelne Nebentäter identisch sind und diese Nebentäter zu einer Haftungs- bzw. Zurechnungseinheit zusammengefasst werden. Derartige Zurechnungseinheiten nimmt die Rechtsprechung z.B. zwischen Fahrer und Halter eines Kfz oder zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen aber auch dann an, wenn bloß faktisch die Tatbeiträge mehrerer vor der Verletzung des Geschädigten zu einem schadensverursachenden Faktor verschmolzen sind (vgl. Lange, § 10 XIII 4; E. Lorenz, Die Lehre von den Haftungs- und Zurechnungseinheiten und die Stellung des Geschädigten in Nebentäterfällen, 1979, S. 20 ff.). Die von der Zurechnungseinheit zu leistende Quote errechnet sich, wenn neben der

Zurechnungseinheit noch weitere Nebentäter verantwortlich sind, nach der angeführten Formel. Dabei nimmt die Zurechnungseinheit die Si-Stelle ein. Jedes Mitglied der Zurechnungseinheit haftet dem Geschädigten gegenüber auf die so errechnete Quote. Insgesamt aber haftet die Zurechnungseinheit nur einmal auf diese Quote. Die Mitglieder können untereinander Ausgleich suchen.

Insgesamt ist es unbefriedigend, wie die Rechtsprechung das Aufeinandertreffen eines eigenen Schädigungsbeitrags des Geschädigten mit den Schädigungsbeiträgen mehrerer Nebentäter behandelt. Die geforderte Einzelabwägung führt zu überaus komplizierten Rechenoperationen und steht im unerklärten Wertungswiderspruch zur Gesamtschuldhaftung der Nebentäter für den Fall, dass ein Eigenbeitrag des Geschädigten nicht anzurechnen ist. Dieser Wertungswiderspruch lässt sich nur dahin auflösen, dass auch bei einem Schädigungsbeitrag des Geschädigten der Schadensfall nach Gesamtschuldregeln abgewickelt wird. Das bedeutet zunächst, dass die Nebentäter jedenfalls auf den Teil des Schadens, der nach Abzug des den Geschädigten treffenden Selbstbehalts bleibt, gesamtschuldnerisch haften. Zugleich kann man aber auch den Geschädigten wegen seines Beitrages sich selbst gegenüber als Quasischuldner ansehen und in den Gesamtschuldnerverband einstellen (vgl. dazu E. Lorenz, S. 34 ff.). Das hat für das Außenverhältnis gegenüber den Nebentätern keine Konsequenzen; denn die haften schon wegen § 254 BGB immer nur auf den um den Eigenbeitrag des Geschädigten gekürzten Schaden. Für das Innenverhältnis aber ergibt sich über eine entsprechende Anwendung des § 426 Abs. 1 Satz 2 BGB die wünschenswerte Beteiligung des Geschädigten am Ausfallrisiko eines für den Schaden mitverantwortlichen Schuldners (E. Lorenz, S. 49 f.). Hinsichtlich der Behandlung von Haftungs- und Zurechnungseinheiten ist zu differenzieren. Im Außenverhältnis führt eine derartige Einheit nur dann zu einer Haftungsänderung, wenn der Beitrag eines Dritten dem Geschädigten zugerechnet werden kann. Die Zurechnungsmöglichkeiten richten sich nach den allgemeinen Kriterien und sollten darüber hinaus nicht durch Haftungs- und Zurechnungseinheiten erweitert werden. Für das Ausgleichsverhältnis ist zu fragen, welches die tragenden Gesichtspunkte für die Annahme einer Haftungs- und Zurechnungseinheit sind. Kommt die Einheit dadurch zustande, dass aufgrund von Sondervorschriften des Haftpflichtrechts (§§ 278, 831, 832 BGB oder § 7 StVG) jemand für den von einem anderen herbeigeführten Schaden einzustehen hat, dann haftet die Einheit gesamtschuldnerisch auf die Quote, die nach dem Beitrag des Handelnden bemessen wird. Ohne Sondervorschriften der genannten Art, wenn also lediglich faktisch die Tatbeiträge mehrerer vor der Verletzung des Geschädigten zu einem Verletzungsfaktor verschmolzen sind, ist für jedes Mitglied der Einheit eine besondere Quote festzusetzen, deren Summierung selbstverständlich nicht über

den Beitrag der Einheit zum Gesamtschaden hinausgehen darf (E. Lorenz, S. 42 ff.).

### 3. Mehrere Schadensbeiträge ohne Mitwirkung des Geschädigten

Für das Zusammentreffen mehrerer Schädigungsbeiträge ohne einen Beitrag des Geschädigten hält das Gesetz in § 840 BGB eine einfache Lösung bereit. Die mehreren Schädiger haften als Gesamtschuldner, wenn sie auch einzeln für den Schaden verantwortlich sind. Ob sie auch einzeln für den Schaden verantwortlich sind, richtet sich danach, ob sie einen Haftungstatbestand verwirklicht haben. Das kann in der Form der Nebentäterschaft, in der Form der Mittäterschaft oder in der Form der Anstiftung oder der Beihilfe zur Tatverwirklichung durch einen anderen der Fall sein. Für die Nebentäterschaft finden wir keine ausdrückliche Anordnung im Gesetz. Bei ihr versteht es sich aber von selbst, dass alle Nebentäter je für sich auf den gesamten Schaden und damit als Gesamtschuldner haften, weil Nebentäter völlig unabhängig voneinander das Haftungs- und Schadensereignis in einer haftbar machenden Weise verwirklicht haben. Einer spezifischen Anordnung bedurfte es dagegen für Mittäter, Anstifter und Gehilfen. Sie brauchen ja nicht alle mit Hand angelegt zu haben. Ihre Haftung ist in § 830 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB angeordnet. § 830 Abs. 1 Satz 2 enthält darüber hinaus noch eine Anordnung für den Fall, dass sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.

Gerade die letzte Möglichkeit könnte die Teilnahme an Demonstrationen, die mit Gewalt gegen Personen oder Sachen enden, außerordentlich gefährlich machen. Dem hat der BGH allerdings in der Grohnde-Entscheidung einen Riegel vorgeschoben:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 24.01.1984, Az: VI ZR 37/82

Leitsatz

1. ...

2. Zur Frage, unter welchen Umständen eine Teilnahme an Tätlichkeiten während einer teilweise unfriedlich verlaufenden Großdemonstration angenommen werden kann.

3. BGB § 830 Abs 1 S 2 ist nicht zur Überwindung von Zweifeln hinsichtlich der Teilnahme an einer unerlaubten Handlung entsprechend anwendbar.

Orientierungssatz

1. ...



2. Die Mittäterschaft des Teilnehmers an einer Großdemonstration in subjektiver Hinsicht aktualisiert sich, solange er nicht bei der konkreten Planung mitwirkt oder diese in leitender Funktion zur Durchführung bringt, mithin gezielt gewalttätige Aktionen lenkt, im allgemeinen erst durch die Solidarisierung mit anderen gewalttätigen Demonstranten oder Teilgruppen an Ort und Stelle.
3. Eine Ausdehnung der zivilrechtlichen Haftung für die bei einer Großdemonstration angerichteten Schäden auf „passiv“ bleibende Demonstranten (Sympathisanten) ist verfassungswidrig, weil sie die Ausübung des Demonstrationsrechts mit einem unkalkulierbaren und untragbaren Risiko verbindet und so das Recht auf öffentliche Kundgebung der Meinung unzulässig beschränkt.
4. Einer pauschalen Haftung des Demonstrationsteilnehmers, der sich aktiv an einzelnen Gewalttaten beteiligt, für alle anlässlich der Großdemonstration entstandenen Schäden steht entgegen, daß sie den Mittätern oder Gehilfen unterschiedslos auch das zurechnet, was von ihrem Willen nicht mehr gedeckt ist.
5. StGB § 125 ist kein Schutzgesetz iSv BGB § 823 Abs 2 zugunsten der bei einer Demonstration eingesetzten Ordnungskräfte oder des mitgeführten Materials.
6. Wer auf einer Großdemonstration vor Polizeibeamten, die die Demonstration auflösen und die Demonstranten zurückdrängen wollen, nicht gleich zurückweicht, bekundet damit allein noch keinen Willen zur Gewaltanwendung oder zur Förderung von Gewalttaten der Mitdemonstranten.

Fundstelle

BGHZ 89, 383-400 (LT1-3)

Klar ist, dass § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB auch nicht herangezogen werden kann, wenn feststeht, dass einer der Beteiligten etwa wegen Deliktsunfähigkeit gar nicht haften müsste. Da er es gewesen sein könnte, dessen Handlung zu dem Schaden geführt hat, entfällt die Haftung für alle. Dem entspricht es, wenn der BGH den folgenden Grundsatz zur Anrechnung von Mitverschulden aufstellt:

Gericht: BGH 6. Zivilsenat, Datum: 15.06.1982, Az: VI ZR 309/80

Leitsatz

Trifft den Geschädigten gegenüber einem von zwei nach § 830 Abs. 1 S. 2 BGB aus alternativer Verursachung haftenden Beteiligten ein Mitverschulden, so kann auch der andere Beteiligte, wenn sein Verursachungsbeitrag nicht positiv festgestellt ist, nur zu der geringsten (hypothetischen) Haftungsquote verurteilt werden.

Fundstelle

VersR 1982, 878-879 (LT1)

NJW 1982, 2307-2307 (LT1)

Im Umweltrecht bietet häufig das Problem der additiven Kausalität Schwierigkeiten. Es ist dadurch gekennzeichnet, dass mehrere Immissionen nur im Zusammenwirken zu dem Schadensereignis geführt haben können. Der BGH behandelt dann die verschiedenen Immittenten als Gesamtschuldner:

Gericht: BGH 3. Zivilsenat, Datum: 22.11.1971, Az: III ZR 112/69

Leitsatz

Gelangen in ein Gewässer aus mehreren Anlagen im Sinn des WHG § 22 Abs 2 schädliche Stoffe, von denen jeder geeignet ist, zumindest im Zusammenwirken mit den übrigen Schadensstoffen einen bestimmten Schaden herbeizuführen, so haftet grundsätzlich jeder Inhaber einer einzelnen Anlage für den vollen Schaden als Gesamtschuldner, ohne daß der Geschädigte die Kausalität des Schadensbeitrages aus der einzelnen Anlage für den eingetretenen Schaden nachweisen müßte.

Fundstelle

NJW 1972, 205-205

BGHZ 57, 257-264 (LT1)

Gericht: BGH 5. Zivilsenat, Datum: 13.02.1976, Az: V ZR 55/74

Orientierungssatz

Zum Zwecke der Abwehr ortsüblicher Beeinträchtigungen können selbst aufwendige Maßnahmen zuzumuten sein, jedoch nicht in dem Ausmaß, daß schon jede mögliche schädigende Einwirkung verhütet wird.

Sonstiger Orientierungssatz

1. Einem Ausgleichsanspruch nach BGB § 906 Abs 2 S 2 steht nicht entgegen, daß die die unzumutbare Beeinträchtigung (hier: Risse an Häusern infolge von Sprengungen in Steinbrüchen) verursachende, nach dem Gesamtbild ortsübliche Benutzung des störenden Grundstücks in Einzelfällen die Grenzen des Ortsüblichen möglicherweise überschreitet.

2. Beeinträchtigen gleichartige, je für sich wesentliche Einwirkungen zweier Immittenten zusammen die ortsübliche Benutzung des benachbarten Grundstücks über das zumutbare Maß hinaus, so hat jeder Immittent nach Maßgabe der von ihm verursachten Beeinträchtigung angemessenen Ausgleich zu leisten.

3. Der für sich oder der in Verbindung mit dem anderen wirksame Ursachenbeitrag eines jeden Immittenten ist gegebenenfalls nach ZPO § 287 zu schätzen.

4. Für den nur durch das Zusammenwirken beider Immittenten verursachten Schadenteil („progressive Schadenssteigerung“) haften beide als Gesamtschuldner.

Fundstelle

BGHZ 66, 70



---

*I. Einführung: Die gesetzliche Grundkonzeption des Schadensausgleichs*

Die §§ 249 bis 253 regeln das „Wie“ des Schadensersatzes. Die (positive) Beantwortung des „Ob“ setzen sie voraus. Das „Ob“ und das „Wie“ bilden zusammen einen Mechanismus zur Verteilung der sich aus und in sozialem Kontakt ergebenden materiellen und immateriellen Einbußen. Im bürgerlich-rechtlichen Haftungsmodell steht die Verteilung der Einbußen auf individualisierte Schadens- und Haftungsträger im Vordergrund. Die das „Ob“ des Schadensersatzes beherrschenden heterogenen Verteilungsgrundsätze der Unrechtshaftung, Garantie- und Vertrauenshaftung, Gefährdungs- und Risikohaftung, Eingriffs- und Zustandshaftung münden in eine einheitliche Ausfüllungskonzeption: Der zum Schadensersatz Verpflichtete soll „den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“ (§ 249 Abs. 1). Dieser zur Wahrung des Integritätsinteresses geschaffenen Restitutionspflicht kann er - nach einer näher geregelten Wahl des Geschädigten - durch Leistung in Natur oder aber durch Leistung des zur Herstellung erforderlichen Geldbetrags nachkommen (§§ 249 Abs. 2, 250).

## 1. Die Differenzhypothese

Schon vor Erlass des BGB hat man das zu kompensierende Vermögensinteresse definiert als „die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkt haben würde“ (Friedrich Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse (1855), S. 3). Mit dieser auf einen Gesamtvermögensvergleich zielenden Differenzhypothese steht eine Formel zur Verfügung, die das Schadensrecht in ein problemloses und wertungsfreies Rechenexempel zu überführen scheint: Man verfolgt vom Zeitpunkt des zum Ersatz verpflichtenden Ereignisses an zwei Vermögensentwicklungen: eine reale und eine hypothetische. Richtet man T-Konten für beide Entwicklungen ein, so werden Vermögensabflüsse auf der Passivseite der Realentwicklung und verhinderte Vermögenszuflüsse auf der Aktivseite der hypothetischen Entwicklung verbucht. Die Buchungsvorgänge beeinflussen die im Zeitpunkt der Schadensberechnung zu ermittelnden Salden, deren Vergleich den zu ersetzenden Vermögensschaden bestimmt. Bei Aktivsalden in beiden Bilanzen ist dies die Differenz, die nach dem Abzug des Saldos der Realentwicklung vom Saldo der hypothetischen Entwicklung verbleibt. Nicht nur der realisierte Vermögensabfluss und der verhinderte Vermögenszufluss können verbucht werden und so Einfluss auf die Ermittlung des zu ersetzenden Vermögensschadens nehmen, auch die „klassischen“ Schadensrechtsprobleme der Vorteilsausgleichung und der überholenden oder hypothetischen Kausalität finden als Buchungsvorgänge leicht Eingang in den Prozess der Differenzermittlung. Aktueller Vermögenszufluss wird auf der Aktivseite der realen Entwicklung, verhinderter Vermögensabfluss auf der Passivseite der hypothetischen Vermögensentwicklung verbucht (Vorteilsausgleich). Umstände, die auch ohne das zum Ersatz verpflichtende Ereignis die nämlichen Nachteile zur Folge gehabt hätten, führen zur Buchung des realen Abflusses auf der Passivseite der hypothetischen Entwicklung und verhindern die Buchung des nicht realisierten Vermögenszuflusses auf der Aktivseite der hypothetischen Entwicklung.

## 2. Durchbrechungen der Differenzhypothese und Normativierung des Schadensbegriffs in der Rechtsprechung

### *a. Aufgabe der Kausalität als Zurechnungsfaktor*

Eine Klasse der Durchbrechungen ist durch die Aufgabe der Kausalität als des allein maßgeblichen Zurechnungsfaktors gekennzeichnet. Hier entscheidet nicht

die *Conditio-sine-qua-non*-Formel - das die Ersatzpflicht auslösende Ereignis kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass die fragliche Vermögensentwicklung entfiere - über die Einstellung eines Postens in die zur Differenzberechnung erforderlichen Vermögensbilanzen, sondern „wertende Gesichtspunkte“ beeinflussen die „Ermittlung“ der realen wie der hypothetischen Vermögenslage. So berücksichtigt die Rechtsprechung in langer Tradition nur adäquat-kausale Schadensentwicklungen (RGZ 133, 127; BGHZ 3, 267). Zusätzlich zu den inadäquaten schließt sie solche Schäden aus der Ersatzpflicht aus, die außerhalb des Schutzbereichs der die Ersatzpflicht begründenden Norm liegen (BGHZ 27, 137). Nach durchaus heterogenen Bewertungskriterien entscheidet sie weiter darüber, welche der durch das zum Ersatz verpflichtende Ereignis verursachten Vorteile als differenz- und schadensmindernd in die Berechnungen einzubeziehen sind (versagter Vorteilsausgleich - BGHZ 54, 269; 62, 126) und verwehrt schließlich dem Ersatzpflichtigen, sich auf eine Reserveursache zu berufen, die den nämlichen Schaden bewirkt hätte und an sich bei der Feststellung der hypothetischen Vermögenslage zu Buche schlagen müsste (st. Rspr.: RGZ 141, 365).

#### *b. Schadensersatz bei Immaterialgüterrechtsverletzungen*

In allen zuvor bezeichneten Fallgruppen geht es um den Ausschluss von Bilanzierungsposten, deren Anfall beim Ersatzberechtigten und deren Vermögensqualität nicht in Frage stehen. Zwar wird die Differenzhypothese insoweit korrigiert, als nicht die Kausalität allein, sondern normative Kriterien verschiedener Art über die Berücksichtigung von (Vermögens-)Positionen bei der Bilanzerstellung entscheiden; noch unbeeinträchtigt bleiben jedoch die Merkmale, nach denen nur solche Positionen überhaupt in Rechnung gestellt werden, die beim Anspruchsberechtigten angefallen sind und Vermögensqualität haben. Die Rechtsprechung hat sich allerdings auch durch diese Merkmale nicht binden lassen. Schon das Reichsgericht (seit RGZ 35, 63 st. Rspr.) gestattete dem Inhaber von verletzten Patent- und Urheberrechten, beim Verletzer eine angemessene Lizenzgebühr (2. Schadensberechnungsart) oder gar den erwirtschafteten Gewinn (3. Schadensberechnungsart) zu liquidieren, ohne sich um den fehlenden Anfall dieser Positionen im Vermögen des Verletzten zu scheren (vgl. Wolfgang Däubler, Anspruch auf Lizenzgebühr und Herausgabe des Verletzergewinns - atypische Formen des Schadensersatzes, JuS 1969, 49).

### *c. Rechtsverfolgung und Normativierung*

Die Literatur nahm es auf sich, diese Entwicklungen im Nachhinein zu legitimieren, indem sie eine über die Ausgleichsfunktion hinausweisende Rechtsverfolgungsfunktion des Schadensrechts entdeckte (repräsentativ Neuner AcP 133 (1931), 277 und Wilburg IherJb 82 (1932), 51). Sie mündete in einen gegliederten Schadensbegriff mit einem objektiven Schaden auf der einen und dem subjektiven Interesse auf der anderen Seite. Allein hinsichtlich des subjektiven Interesses sollte die Differenzhypothese gelten. Der objektive Schaden, der gemeine Wert des verletzten oder entzogenen Guts, sollte der Rechtsverfolgung wegen unabhängig von der Funktionsbestimmung des beeinträchtigten Guts im Vermögen des Anspruchsberechtigten und auch dann ersetzt werden, wenn die Differenzrechnung einen Schaden nicht ergab. Einen gemeinen Wert sprach man allen Gütern zu, die man auf dem Markt gegen Geld tauschen konnte, den eigentumsfähigen Sachgütern, aber auch der menschlichen Arbeitskraft und den Nutzungsmöglichkeiten sachlichen wie geistigen Eigentums. Man sprach in diesem Zusammenhang von einem Begriff mit „normativem Charakter“ (Neuner AcP 133 (1931), 307) und gab damit der Rechtsprechung eine Zauberformel (normativer Schadensbegriff) an die Hand, die einerseits die bisherige Spruchpraxis bestätigte und andererseits eine Entwicklung auslöste, in deren Verlauf die ursprüngliche Grenzziehung zwischen materiellen und immateriellen Schäden sich bis zur Unkenntlichkeit verflüchtigte. Schließlich wird selbst die Freizeit zu einem Vermögensgut und ihre Aufwendung zu einem ersatzfähigen Vermögensschaden (so etwa OLG Frankfurt NJW 1976, 1320; anders hingegen die h.M. in Rspr. und Lit. - vgl. die Darstellung nebst umfangreichen Nachweisen bei MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnrn. 88 bis 93).

### *d. Nutzungsentgang*

Ein Beispiel für den Normativierung des Schadensbegriffs bietet die Rechtsprechung zur Entschädigung bei Nutzungsausfall. Eine solche Entschädigung wird unter bestimmten Voraussetzungen dafür gewährt, dass auf Grund eines schädigenden Ereignisses die Nutzung einer Sache für einen vorübergehenden Zeitraum ausfällt. Dies ist unproblematisch, soweit es sich um die Entschädigung der für die Beschaffung eines Ersatzes aufgewendeten Kosten handelt, also beispielsweise um den Ersatz des Mietzinses, den der Eigentümer eines beschädigten Fahrzeuges für die Anmietung eines Ersatzfahrzeuges zahlt (§ 249 Abs. 1). Ebenfalls unproblematisch ist der Fall, dass dem Geschädigten auf Grund der ausgefallenen Nutzung ein Gewinn entgeht. Auch dieser entgangene Gewinn ist zu ersetzen (vgl. § 252).



Nicht ohne Weiteres ist hingegen zu begründen, dass es sich bei dem reinen Nutzungsentgang an sich um einen Vermögensschaden handelt. Eine am Vermögensbestand ausgerichtete Differenzrechnung wird den zeitweiligen Verlust der Nutzung einer Sache nicht als Vermögensverlust ausweisen. Die Annehmlichkeiten der Nutzung eines bestimmten Gutes sind nach einer solchen Betrachtung als immaterielle Schäden anzusehen. Es bedarf daher des Rückgriffs auf normative Kriterien, um einen Vermögensschaden im Falle des Nutzungsausfalls zu begründen. Ob und anhand welcher Kriterien in diesen Fällen ein Vermögensschaden normativ zu begründen ist, wurde auch von der Rechtsprechung lange Zeit sehr uneinheitlich beantwortet. Nur für den Nutzungsausfall von Kraftfahrzeugen wurde eine Entschädigung im Grundsatz durchweg zugesprochen - wenn auch mit unterschiedlichen Voraussetzungen und in unterschiedlichem Umfang.

Angesichts dieser uneinheitlichen Rechtsprechung legte der 5. Zivilsenat des BGH dem Großen Senat 1985 die Frage vor, ob der Nutzungsentgang einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellt (sehr lesenswert: Vorlagebeschluss vom 22.11.1985, NJW 1986, 2037). Der Große Senat beantwortete die ihm vorgelegte Frage differenzierend (Beschluss vom 9.7.1986, BGHZ 98, 212, ebenfalls abgedruckt in NJW 1987, 50). Aus diesem Beschluss ergibt sich in Zusammenschau mit der vorherigen und weiteren Entwicklung der Rechtsprechung, dass die entgangene Nutzung nicht nur bei Kraftfahrzeugen, sondern auch bei anderen Sachen unter bestimmten, engen Voraussetzungen als Vermögensschaden anzusehen ist. Danach setzt die Nutzungsentschädigung zunächst voraus, dass die Nutzung der in Frage stehenden Sache „kommerzialisert“ ist, m.a.W. auf dem Markt für Geld zu erwerben sein muss. Darüber hinaus verlangt die Rechtsprechung, dass es sich bei der in Frage stehenden Sache um ein „Wirtschaftsgut von allgemeiner und zentraler Bedeutung für die Lebenshaltung handelt“, also um ein Gut, auf dessen „ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise angewiesen ist“. Dies wird etwa im Grundsatz bei Kraftfahrzeugen und selbst bewohnten Häusern bejaht. Von derartigen Gütern des täglichen Bedarfs sind diejenigen Güter abzugrenzen, die lediglich „Luxusbedürfnisse“ befriedigen. Verneint wurde die Nutzungsentschädigung mit Verweis auf diese Voraussetzung schon vor dem Beschluss des Großen Senats etwa bei Beschädigung und Nutzungsausfall eines Pelzmantels (BGHZ 63, 393), eines Motorsportbootes (BGHZ 89,60) und eines Wohnwagens (BGHZ 86, 128); nach dem Beschluss wurde die Nutzungsentschädigung für den Ausfall einer Garage mit der Begründung verneint, dass man zur eigenwirtschaftlichen Lebenshaltung nicht auf die ständige Verfügbarkeit einer Garage angewiesen sei (BGH NJW 1993, 1793) (zu weiteren Beispielen, in denen die Rspr. einen Anspruch bejaht bzw. verneint hat vgl. die

Zusammenstellung bei MünchKomm/Oetker, § 249, Rdnrn. 60 und 61). Differenzierungsgesichtspunkt ist die Verkehrsanschauung. Diese wird indessen nicht mit den in der empirischen Sozialforschung zur Verfügung stehenden Methoden festgestellt, sondern eher intuitiv gewonnen, was dem Betrachter zwar einen Einblick in das gewährt, was Richter für normal und was für luxuriös halten, ihm aber bei der rationalen Lösung schadensrechtlicher Probleme wenig hilft.

Dementsprechend ist der Rechtsprechung die Entwicklung einheitlicher praktikabler Abgrenzungskriterien bisher auch nicht gelungen. Folgerichtig stellt diese unsichere Abgrenzung einen wesentlichen Ansatzpunkt der Kritik im Schrifttum dar. Weiterhin muss nach der Rechtsprechung die Nutzungseinbuße für den Geschädigten „fühlbar“ sein. Diese „Fühlbarkeit“ setzt insbesondere voraus, dass der Geschädigte zum Gebrauch der Sache im fraglichen Zeitraum willens und fähig gewesen wäre. Die „Fühlbarkeit“ entfällt etwa dann, wenn der Halter eines beschädigten Kraftfahrzeuges bei dem Unfall selbst verletzt wurde und während des zeitweiligen Nutzungsausfalls im Krankenhaus liegt. Anders jedoch wiederum dann, wenn im fraglichen Zeitraum enge Familienangehörige oder die Verlobte das Fahrzeug hätten nutzen können und wollen. Die „Fühlbarkeit“ entfällt weiterhin, wenn dem Halter eines beschädigten Fahrzeuges ein Zweitwagen zur Nutzung zur Verfügung steht. Letztlich wird eine Nutzungsentuschädigung auch nur in den Fällen objektsbezogener Eingriffe zugesprochen - also dann, wenn die Schädigung sich gerade gegen die Sache gerichtet hat, deren Nutzung ausgefallen ist. Keine Nutzungsentuschädigung wird bei subjektsbezogenen Eingriffen gewährt, also in den Fällen, in denen der Nutzungsberechtigte selbst verletzt wurde und auf Grund seiner eigenen Verletzung an der Nutzung der in Frage stehenden (unbeschädigten) Sache gehindert ist (so schon vor dem Beschluss des Großen Senats: BGHZ 55, 146 - „Jagdpächter“).

#### *e. Urlaub*

Vermögenswert spricht die Rechtsprechung auch dem Urlaub zu, wenn er „durch Arbeitsleistung verdient oder durch besondere Aufwendungen für eine Ersatzkraft ermöglicht wird“ (BGHZ 63, 98 ff., 101 - „Rumänienreise“; vgl. Heinrich Honsell, Die mißlungene Urlaubsreise, JuS 1976, 222). Jedenfalls vertragliche Haftungen lösen Ersatzansprüche aus, wenn ein solcher Urlaub „vertan“ wird. Dies gilt für die Tage der Hinreise, der vergeblichen Suche nach dem bestellten Bungalow oder einem entsprechenden Ersatz und der Rückreise eines missglückten Spanienurlaubs (OLG Frankfurt NJW 1962, 1372) ebenso wie für den durch schwer wiegende Mängel der Reiseleistungen in seinem Erholungswert beeinträchtigten Rumänienurlaub (BGHZ 63, 98), nicht indessen für den statt an der Adria an der Möhne verbrachten Urlaub (BGHZ 60, 214), es sei denn, eine

schon bezahlte und nicht wieder rückgängig zu machende Pauschalreise stehe in Rede (BGH NJW 1956, 1234 - „Seereise“). Diese Rechtsprechung zur Ersatzfähigkeit „vertanen“ Urlaubs differenzierte ursprünglich nicht zwischen vertraglicher und außervertraglicher Haftung. In BGHZ 86, 212 relativierte der BGH seine Rechtsprechung dann dahingehend, dass der Urlaub nur im Bereich vertraglicher Schadensersatzansprüche und dementsprechend nicht im Bereich deliktischer Schadensersatzansprüche ersatzfähig sei. Diese Beschränkung ergäbe sich zum einen daraus, dass nur bei Ersteren der Urlaub zum Vertragsgegenstand geworden und damit kommerzialisiert sei, und zum anderen daraus, dass die Ersatzfähigkeit im Bereich des Deliktsrechts zu einer unübersehbaren Ausuferung der Haftpflicht führen würde, die nur dort nicht zu erwarten sei, wo der vertane Urlaubsgenuss in unmittelbarem und erkennbarem Zusammenhang mit der versäumten Vertragspflicht stehe (zustimmend MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnr. 90). Seit 1979 ist die Ersatzfähigkeit der „vertanen“ Urlaubsfreude für den Reisevertrag in § 651 f II geregelt.

#### *f. Arbeitskraft*

Mit dem Vermögenswert der menschlichen Arbeitskraft tut sich die Rechtsprechung besonders schwer. Einerseits erkennt sie der in der Haushaltsführung beeinträchtigten Hausfrau einen eigenen Ersatzanspruch auch dann zu, wenn keine Ersatzkraft eingestellt worden ist (umfassende Information bei Hansgeorg Eckelmann, Die neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Schadensersatz bei Verletzung oder Tötung einer Hausfrau, MDR 1976, 103; DAR 1978, 29), andererseits verweigert sie dem selbständigen Unternehmer den in Höhe des Gehalts einer entsprechend qualifizierten Fachkraft verlangten Ersatz unter ausdrücklichem Hinweis darauf, dass der Wegfall der Arbeitskraft als solcher noch kein Vermögensschaden sei (BGH 54, 45 - „Diplomchemiker“). Ebenso entscheidet sie mangels greifbarer Berechnungsgrundlagen beim Ausfall eines lediglich gewinnbeteiligten Gesellschafters (BGH WM 1965, 1271). Der Mangel scheint indes behoben beim Alleingesellschafter einer GmbH, der mit sich selbst ein Geschäftsführergehalt vereinbart hat (BGH NJW 1971, 1136; zur Kombination beider Elemente bei der erfolgsabhängigen Vergütung eines GmbH-Gesellschafters BGH NJW 1978, 40), und er stört wohl nicht bei der Berechnung der Leistung eines selbständigen Arztes, der die Arbeit einer vertragswidrig ausgeschiedenen Helferin versieht. Dann nämlich „errechnet“ das BAG den Unterschied zwischen der Vergütung einer Helferin und der Vergütung, die der Arzt angesichts seiner besonderen Ausbildung beanspruchen kann (BAG NJW 1968, 221), und verhängt eine nicht vereinbarte Vertragsstrafe.

### 3. Notwendigkeit und Grundlagen einer Schadensrechtsdogmatik

Die vielfältige und zum Teil widersprüchliche Kasuistik der höchstrichterlichen Rechtsprechung macht das Bedürfnis nach einheitlichen Richtlinien deutlich, ohne die weder Schadensrecht gelernt und konsistent angewandt noch schadensrechtliche Entscheidungen mit hinreichender Sicherheit prognostiziert werden können. Konsistenz ist eine Bedingung, der die Richtlinien genügen müssen, sachliche Angemessenheit die andere. Für sie kommen als Kriterien in Betracht: die Übereinstimmung der Richtlinien mit der gesetzlichen Konzeption des Schadensrechts und die sozialpolitische Erwünschtheit ihrer Folgen. Die Entwicklung solcher Richtlinien ist die Schadensrechtsdogmatik weitgehend schuldig geblieben. Die folgende Entwicklung der eigenen Position ist durch zahlreiche Gespräche mit Eike Schmidt gefördert worden. In der Betonung der Ausgleichsfunktion trifft sie sich mit der Konzeption Langes (Hermann Lange, Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts, Band 1, 2. Aufl. 1990).

#### *a. Normativer oder natürlicher Schadensbegriff?*

Eine in sich konsistente, den gesetzlichen Rahmen wahrende und sozialpolitisch angemessene Schadensdogmatik muss sich des Wirkungsbereichs und der Funktionen des Schadensrechts vergewissern. Dazu trägt der Hinweis, dass das deutsche Schadensrecht heute vom „normativen Schadensbegriff“ lebe (Steindorff ZHR 138 (1974), 518), ebenso wenig bei wie der Aufruf, zu einem „natürlichen“ oder „faktischen“ Schadensbegriff zurückzukehren (Keuk VersR 1976, 401; Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967, S. 121 ff.). Schon die Begriffswahl ist wenig erhellend, täuscht sie doch eine theoretische Einheit vor, die es weder bei den Naturalisten noch bei den Normativisten (vgl. Medicus JuS 1979, 233) gibt. Es geht auch in der Regel gar nicht um unterschiedliche Schadensverständnisse, sondern um unterschiedliche Vermögensverständnisse. Außerdem existiert kein von der Natur vorgegebener (und schon dadurch legitimierter) Schadens-(Vermögens-)begriff. Der könnte ja nur im empirisch feststellbaren Sprachgebrauch einer relevanten (welcher?) Sprechergruppe identifiziert werden. Die divergierende Verwendung des Schadensbegriffs allein unter den Juristen, die sich mit dem Schadensrecht befassen, macht indes deutlich, dass jede vorgeschlagene Schadens-(Vermögens-)bestimmung auf einer sprachlichen Festsetzung beruht, die als normative unter Aufdeckung ihrer Voraussetzungen und Folgen legitimiert werden muss (umfassende Darstellung der verschiedenen Schadensbegriffe bei Lange § 1).

*b. Die Ausgleichsfunktion des Schadensrechts*

Entscheidende Voraussetzung der im Folgenden zu umreißenden Schadensdogmatik ist die Ausgleichsfunktion des Schadensrechts. Nur soweit ein Ausgleich beim Verletzten durch Restitution in Natur oder Kompensation in Geld möglich ist, kann der (aus welchem Grund auch immer) Haftpflichtige zum Schadensersatz verpflichtet werden. Andere als Ausgleichszwecke (Prävention, Genugtuung, Sanktion und Buße für missbilligtes Verhalten) können sich nur im Rahmen möglichen Ausgleichs entfalten (vgl. MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnr. 8). Dies ist die Konzeption des BGB (Tolk, Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Schäden, 1977, S. 73 ff.). Das erhellt aus dem vom Verschuldensgrad unabhängigen Prinzip der Totalreparation einerseits und dem einheitlichen Schadensrecht für höchst heterogene Haftungsbegründungen andererseits. Man hat allerdings immer wieder versucht, das Ausgleichsprinzip zugunsten anderer Funktionen zurückzudrängen. Einer der folgenreichsten Versuche war die Propagierung der Rechtsverfolgungsfunktion. Denn sie löste letztlich die Normativierungsdebatte im Schadensrecht aus.

*c. Die Rechtsverfolgungsfunktion*

Die Rechtsverfolgungsthese ist nun insofern trivial und richtig, als sie den über das Haftungs- und Schadensrecht bewirkten Integritätsschutz beschreibt, nach dem Rechtsgutsbeeinträchtigungen zum Zwecke des Ausgleichs ersatzrechtlich verfolgt werden können. Sie steht auch insoweit noch auf festem Grund, als sie auf die im Rahmen der Restitutionspflicht gewährte Verfolgungsmöglichkeit unabhängig von Wert und Funktion des beeinträchtigten Guts in der Vermögensorganisation des Anspruchsberechtigten verweist. Problematisch wird es, wenn der Rechtsverfolgungsanspruch ein Gut betrifft, das nach der Disposition des Berechtigten ohnehin der äquivalentlosen Vernichtung anheim gegeben war (Zerstörung eines zum Abbruch vorgesehenen Hauses). Die Rechtsverfolgung führt schließlich vom Pfad der gesetzlichen Schadenskonzeption in die Irre, wenn im Kompensationsbereich Geldleistungen ohne eine nachweisbare Vermögensdifferenz gewährt werden. Das gilt für die Nichtberücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe und die Versagung des Vorteilsausgleichs ebenso wie für weite Bereiche der Entschädigung entgangener Nutzungsmöglichkeiten. Sie führen nicht zum Ausgleich, sondern zur Bereicherung, und Rechtsverfolgung steht insoweit für Genugtuung, Buße und/oder Prävention. Damit ist allerdings der Stab über den Rechtsverfolgungsgedanken noch nicht gebrochen. Es gilt zu überlegen, ob nicht Wandlungen im gesellschaftlichen Wirkungsbereich des Schadensrechts nach neuen Funktionsbestimmungen verlangen.

*d. Der Wandel des Schadenstragungssystems und der Wirkungsbereich des zivilistischen Schadensrechts*

Im individualistischen Schadenstragungssystem des BGB geht es um die Frage, welches von den an einem konkreten Schadensfall beteiligten Individuen den Schaden zu tragen hat. Seine Grundregel lautet, dass dies der Geschädigte sei, wenn nicht der Schädiger einen gerade für den Geschädigten eingreifenden Haftungstatbestand verwirklicht hat (Tatbestandsprinzip). Streitet ein Haftungstatbestand für den Verletzten, so tritt der Ausgleichsgedanke in Funktion. Dieses Schadenstragungssystem verfehlt die Realität. Es verstellt den Blick für die Einbettung der am Schadensfall beteiligten Individuen in ein immer enger geknüpftes Netz kollektiver Sicherungen gegen Schadens- und Haftpflichtrisiken, in ein komplexes Schadenstragungssystem mit einer Vielfalt von Vorsorge- und Versicherungseinrichtungen (s. hierzu Kötz, Sozialer Wandel im Unfallrecht, 1976). Diese sind mitbeteiligt an dem mehrfachen, je eigenen Gesetzen gehorchenden, Hin-, Weiter- und Zurückschieben der durch den Schadensfall entstandenen Belastungen bis zur Herstellung eines neuen Ruhezustandes (vgl. Medicus JuS 1972, 553). Soweit nicht wie für die aus nicht vorsätzlich herbeigeführten Arbeitsunfällen entstandenen Schäden das Haftungs- und Schadensrecht des BGB prinzipiell unanwendbar ist (vgl. Gitter, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, 1969), stellt sich die Frage nach der Funktion dieses Rechts in einem System, in dem es bei der Mehrzahl der Fälle nicht mehr darum geht, das ein Individuum treffende Unglück einem anderen zuzurechnen und auf es überzuwälzen. Kann man nicht in Anknüpfung an den Ausgleichsgedanken mit Fug geltend machen, das durch einen Verkehrsunfall verletzte Individuum, welches wegen des Eintretens der Krankenversicherung keine Behandlungskosten trägt, noch wegen des vom Arbeitgeber weitergezahlten Lohns eine Einkommenseinbuße erleidet, habe insoweit auch keinen Schaden erlitten? Nach derzeit weitgehend unangefochtener Auffassung kann man das nicht. Einig in der Wertung, dass der nach zivilrechtlichen Zurechnungskriterien haftpflichtige Verletzer nicht ungerufen davon kommen solle, bemüht man den „versagten Vorteilsausgleich“ (Keuk VersR 1976, 402), um eine ausgleichungsfähige Lücke im Vermögen des Verletzten feststellen zu können, und denkt sich, wo der Gesetzgeber nicht mit der Anordnung von Legalzessionen (§ 116 SGB X, § 67 Abs. 1 VVG, § 6 Entgeltfortzahlungsg, § 87a BBG u.a.), Abtretungskonstruktionen (§§ 255, 281) oder Überleitungsanzeigen (§ 90 BSHG) helfend eingesprungen ist, eine Vielzahl von Regresswegen aus (Selb, Schadensbegriff und Regressmethoden, 1973), die es den Versorgungsträgern ermöglichen, den ihnen entstandenen Schaden bei dem Schädiger respektive dessen Haftpflichtversicherer zu liquidieren.

*e. Regresskonstruktionen und Ausgleichsfunktion*

Die Berechtigung der im Vorsorgebereich allein durch Regresskonstruktionen aufrechterhaltenen Belastung des Verletzers wird kaum in Frage gestellt (verhaltene Kritik bei Horst Baumann *Der Regress kollektiver Schadensträger im freiheitlichen Sozialstaat*, 1977). Sie steht indessen auf tönernen Füßen. Der beim schlichten Zuhörer Zustimmung erheischende Satz, man wolle keinen Freibrief für unerlaubte Handlungen ausstellen (Selb), ist von der Annahme abhängig, dass die finanzielle Belastung in das Kalkül des potenziellen Verletzers eingeht und diesen von der Verletzungshandlung Abstand nehmen lässt. Das aber ist eine jedenfalls für nicht vorsätzlich verletzende Individuen völlig unrealistische Annahme (Weyers, *Unfallsschäden*, 1971, S. 446 ff.), deren Gehalt bei der weit gehenden Haftungsübernahme durch Versicherungen im Verkehrsunfallrecht nicht gerade steigt. Wer denkt schon beim Autofahren ständig an das Bonus-Malus-System seiner Haftpflichtversicherung und lässt sich dadurch zur Schadensverhütung anleiten? Der Präventionsgedanke trägt gegenüber Individuen nicht. Der in diesem Zusammenhang gern beschworene Gedanke der Verantwortung ist, wenn er nicht Prävention meint, leer (Weyers S. 547 ff.). Dem Gebot der Gerechtigkeit, den Verletzten nicht auf einem von einem anderen zu verantwortenden Schaden sitzen zu lassen, ist durch das Eingreifen des Vorsorgeträgers genügt. Ob die Gerechtigkeit verlangt, nun den bei diesem entstandenen Schaden durch den Verletzer ausgleichen zu lassen, ist im Hinblick auf die besseren Verteilungsmöglichkeiten beim Kollektiv fraglich. Der auf jeden Fall Kosten verursachende Regress erinnert schließlich an einen Schuldbürgerstreich, wenn die Beitragspflichtigen in den Vorsorgesystemen und den Haftpflichtversicherungen weitgehend identisch sind (Kötz, S. 33 ff.; Weyers S. 598 ff.). Die Kosten belasten dann nämlich die Verletzten. Alles in allem geben die eher unbewusst eingeführten Regressmöglichkeiten im gewandelten Schadenstragungssystem keinen Anlass, die Ausgleichsfunktion des zivilistischen Schadensrechts zugunsten anderer Funktionen zurückzudrängen. Im Gegenteil: Angesichts der sozialen Einbettung eines konkreten Schadensfalls in durch Solidargemeinschaften getragene Schadens- und Haftpflichtübernahmesysteme stellt sich die Frage, ob es angemessen ist, die Liste der ersatzfähigen Positionen immer länger werden zu lassen und zu Lasten der Solidargemeinschaften einzelnen Geldleistungen auch dort zuzugestehen, wo ein in Geld messbarer Schaden nicht nachgewiesen werden kann.

Aber auch außerhalb kollektiver Vor- und Nachsorgesysteme ist anderen als Ausgleichszwecken mit Skepsis zu begegnen. Ruft man sich in Erinnerung, dass neben der Unrechtshaftung die Haftung für gefährliches, aber erlaubtes Tun, die Haftung für in Anspruch genommenes Vertrauen, Risikohaftungen und Haftungen

für rechtmäßige Eingriffe in Lebens- und Vermögensgüter anderer stehen, wird jeder Gedanken an Sanktion, Buße und Sühne durch Schadensersatz absurd. Nicht besser steht es um die Genugtuung (Köndgen Haftpflichtfunktionen und Immaterialscha-den, 1976, S. 83 ff.). Die Befriedigung von persönlichen Vergeltungs- und Rachebedürfnissen kann die Aufweichung der Schadensrechtskonturen nicht rechtfertigen. Allein das Präventionsziel ist erwägenswert. Denn es kann praktisch Funktion einer jeden Zurechnungsnorm sein, wenn nur das Zurechnungs-subjekt in der Lage ist, die potentielle Ersatzpflicht in sein Handlungskalkül einzubeziehen und seine Entscheidungen danach einzurichten, ob eine Schadensverhütung für es billiger ist als ein Schadensersatz. Taugliche Adressaten einer derartigen Zielfunktion sind aber allein planungsfähige Subjekte, nicht Individuen, sondern vornehmlich organisierte Wirtschaftseinheiten.

#### *f. Prävention und Verbraucherschutz*

Vor diesem Hintergrund gewinnen Vorschläge an Plausibilität, die im Anschluß an amerikanische Erfahrungen das Schadensrecht zusammen mit dem Ausbau von Klagebefugnissen in den Dienst einer umfassenden Verbraucherschutzkonzeption stellen wollen (Steindorff ZHR 138 (1974), 504). Im Rahmen der auf individualisierbare Anspruchsträger ausgerichteten Ausgleichskonzeption des BGB bleiben Verletzungen von Wettbewerbs-, Umwelt- und Verbraucherschutznormen häufig sanktionslos, weil sie entweder gar nicht zu konkret berechenbaren individuellen Schäden führen oder aber die atomisierten Einzelschäden so gering sind, dass von ihnen kein Anreiz zu privater Klageinitiative ausgeht. Damit besteht die Gefahr, dass eine vom Gesetzgeber intendierte Verhaltenssteuerung (Prävention) nicht erreicht und die geschaffenen Verhaltensregeln funktionslos werden. Hier bieten sich die Ausgleichskonzeption überwindende Pauschalierungen und die Einräumung kollektiver Rechtsverfolgungsmöglichkeiten an (vgl. Mertens ZHR 139 (1975), 438). Es bleibt indessen die Frage, warum gerade der beim Verletzer von Wettbewerbsregeln soll liquidieren können, dem ein nachweisbarer rechnerischer Verlust nicht entstanden ist. Verbraucherverbände mögen zwar mit Hilfe der zugesprochenen Schadensersatzansprüche die Kosten ihrer Tätigkeit decken, die man im Hinblick auf die öffentlichen Ziele für wünschenswert hält. Die Entlohnung privater Initiative für wettbewerbspolizeiliche Tätigkeit entfernt sich jedoch von der Schadensrechtskonzeption des BGB so weit, dass wegen der komplizierten Zusammenhänge und weitreichenden Folgen der Gesetzgeber und nicht die Rechtsprechung zum Handeln berufen ist (vgl. Reich ZRP 1978, 100). Nach geltendem Recht können deshalb auch Präventionsziele allein im Rahmen der Ausgleichsfunktion zum Tragen kommen.



*g. Die Prävalenz der Ausgleichsfunktion*

Mit dem Ausgleich als schadensrechtlicher Leitidee liegt es nahe, im Rahmen der gesetzlichen Ausgleichskonzeption die Differenzhypothese wiederzubeleben (a.A. MünchKomm, 3. Aufl./Grunsky vor § 249 Rz. 7; wie hier: MünchKomm, 4. Aufl./Oetker, § 249 Rdnr. 22). In der Konzeption des BGB kann der Ausgleich durch Restitution (§ 249) oder Kompensation (§§ 251, 252) bewirkt werden. Die Restitution genießt den Vorrang vor der Kompensation. Sie ist allerdings durch die Möglichkeit der Wiederherstellung in Natur begrenzt. Sobald diese entfällt, bleibt allein der Ausgleich durch Kompensation.

*h. Grenzen der Restitution und Bedarfsschaden*

Die Rechtsprechung hat die Grenzen der Restitution nicht immer beachtet und Restitutionsansprüche über den gesetzlich fixierten Restitutionsbereich hinaus gewährt. Dabei stützt sie sich auf das namentlich von Zeuner (AcP 163 (1963), 380) entwickelte Bedarfsschadensargument: Grundlage des Schadensrechts sei der durch das schädigende Ereignis entstandene Bedarf. Der Gläubiger könnte im Restitutionswege den für den Ausgleich des Bedarfs erforderlichen Geldbetrag verlangen (§ 249 Abs. 2) und über ihn nach freiem Ermessen verfügen. Die Verfügungsmöglichkeit zu anderen Zwecken als der Bedarfsdeckung zeige, dass der Anspruch lediglich an die Bedarfsentstehung gebunden sei und durch einen Fortfall des Bedarfs nicht mehr berührt werde. Also, schließt man messerscharf, können die Kosten für ein Medikament auch dann noch verlangt werden, wenn der Verletzte inzwischen ohne das Medikament längst gesund geworden ist (BGH NJW 1958, 627), und die Nutzungsentschädigung rechtfertigt sich nach dem einmal entstandenen Nutzungsbedarf, mag das Auto auch längst repariert wieder zur Verfügung stehen und der Geschädigte seinen Bedarf nicht durch Anmietung eines Ersatzfahrzeugs gedeckt haben. Auch könne der Geschädigte selbst dann die fiktiven Reparaturkosten in Rechnung stellen, wenn er seinen reparaturbedürftigen Wagen bereits veräußert habe (so etwa BGHZ 66, 239, 242, NJW 1985, 2469; anders hat der BGH allerdings in BGHZ 81, 385, 390 entschieden: Hier ging es darum, dass ein Geschädigter sein Grundstück im unrepariertem Zustand veräußert hatte und dann noch Reparaturkosten verlangte - diese hat der BGH nicht zugesprochen). Verkannt wird dabei allerdings, dass nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung die Restitutionsansprüche des § 249 von der Restitutionsmöglichkeit abhängig sind (§ 251 Abs. 1). Diese entfällt mit dem Bedarf. Danach bleibt allein der Kompensationsanspruch, der den Nachweis eines in Geld messbaren Vermögensschadens verlangt. Wer auch ohne diesen Restitutionsansprüche in den Kompensationsbereich verlängert, mag zu seinen Gunsten anführen, dass er den Schuldner nicht für Leistungsverzögerungen

belohnen möchte (Grunsky, S. 21; MünchKomm, Oetker, § 249 Rdnr. 350, der indes das Bedarfsschadensargument nur bei Sachschäden und nicht bei Körperverletzungsschäden anerkennt (vgl. Rdnrn. 353 bis 360; BGH 45, 212 ff., 216 f.). Er beruft sich damit aber auf ein dem Ausgleichsdenken fremdes Argument, das zudem auf schwachem Fundament steht. Denn der Gläubiger hätte seinen Bedarf ja seinerseits decken und den Schuldner unbeschadet jeder Verzögerung mit den Kosten belasten können. Die Kosten bleiben auch nach erfolgter Restitution und werden bei der Differenzermittlung berücksichtigt (vgl. auch Lange § 5 IV 6).

---

## *II. Probleme der Differenzhypothese*

Die wiederbelebte Differenzhypothese erlaubt es, Tendenzen entgegenzuwirken, die das zivilistische Schadensrecht anderen als Ausgleichsfunktionen dienstbar machen. Sie überführt das Schadensrecht allerdings nicht in ein problemloses und wertungsfreies Rechenexempel. Denn vor jeder Rechenoperation bedarf es einer Entscheidung darüber, welche Position zu welchem Wert in die Bilanzen zur Ermittlung des realen und des hypothetischen Vermögensstands einzustellen sind. Diese Entscheidung hängt von einer Verständigung über den Vermögensbegriff und von der Zurechnung der als Vermögenswert anerkannten Positionen zu dem haftungsbegründenden Ereignis ab. Sie führt in die Problembereiche der abstrakten oder konkreten Schadensberechnung, der Adäquanz- und Schutzbereichslehre, des Rechtswidrigkeitszusammenhangs, des Vorteilsausgleichs, der hypothetischen Kausalität und des für die Schadensberechnung maßgeblichen Zeitpunkts.

### **1. Entwicklung und Festlegung des Vermögensbegriffs**

Bei der Verständigung über den Vermögensbegriff geht es um die Festsetzung der semantischen Regeln für „Vermögen“ im Kontext des bürgerlich-rechtlichen Schadensrechts. In diesem Kontext wird ein Vermögensschaden am Parameter Geld gemessen. Was liegt da näher, als sich bei der Bestimmung des Vermögensbegriffs an den Nachbarwissenschaften zu orientieren, die mit eben diesem Parameter zu arbeiten pflegen?. Ein Blick in die Standardliteratur zum hier einschlägigen volkswirtschaftlichen und betriebswirtschaftlichen Rechnungswesen belehrt indessen schnell darüber, dass die Nachbarwissenschaften nicht fertige Ergebnisse bereithalten, die man einfach übernehmen könnte. Die Aufnahme als und die Bewertung von Vermögensposten in einer Bilanz hängt auch bei ihnen von Festsetzungen ab, die je nach den verfolgten Zwecken unterschiedlich ausfallen

können. Man kommt deshalb nicht umhin, Vermögensbegriff und Bewertungsgrundsätze im Einklang mit den Zwecken des Schadensrechts selbst festzusetzen, und kann allenfalls hoffen, für im juristischen Bereich problematisch gewordene Teilfragen Argumentationshilfen aus der wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion zu beziehen (vgl. Köndgen AcP 177 (1977), 16 ff.).

*a. Geld und geldwerte Güter*

Unproblematisch ist die Vermögenseigenschaft des Geldes selbst. Der effektive Geldabfluss bildet ebenso wie die Verhinderung eines Geldzuflusses einen ersatzfähigen Vermögensschaden. Unproblematisch ist auch noch die Vermögenseigenschaft von gegenständlichen Gütern, die im Verkehr gegen Geld getauscht werden, die einen „Marktwert“ haben. Wird ein solches Gut beeinträchtigt oder dem Ersatzberechtigten entzogen oder sein Anfall beim Ersatzberechtigten verhindert, so stellt sein Tauschwert resp. seine Tauschwertminderung unabhängig von dem individuellen Gebrauchswert für den Ersatzberechtigten einen Vermögensschaden dar. Problematisch und umstritten ist hingegen die Vermögenseigenschaft solcher Güter, die weder Geld noch (Sach)Gegenstände sind. Hierzu zählen Nutzungsmöglichkeiten geistigen wie gegenständlichen Eigentums, Arbeitskraft, Freizeit, Urlaub, Kunst- und sonstige Genüsse. Soll auch ihr Entzug bzw. ihr Ausbleiben beim Verletzten den Verletzer zur Kompensation in Geld verpflichten, weil sie „im rechtsgeschäftlichen Verkehr gegen Geld erworben werden“ (Grunsky, Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens, 1968, S. 36, 58) können, so läuft man Gefahr, die gesetzliche Grenze zwischen Vermögensschäden und immateriellen Nachteilen zu beseitigen. Dieser Gefahr wegen mehren sich die Stimmen, die im Grundsatz jeglichen, „Kommerzialisierungstendenzen“ über den geldlich-gegenständlichen Vermögensbereich hinaus die schadensrechtliche Anerkennung versagen wollen (Baur in: FS Raiser S. 119; Diederichsen in: FS Klingmüller S. 65; Keuk VersR 1976, 40 1; TolK S. 94 ff.).

*b. Keine Beschränkung auf den geldlich-gegenständlichen Bereich*

Nach einer Begründung für die einseitige Bevorzugung des geldlich-gegenständlichen Vermögensbereichs sucht man vergeblich. Die Gefahr der Grenzverschiebung oder -beseitigung zwischen Vermögenswerten und immateriellen Werten trägt sie jedenfalls nicht. Wer sich auf sie zur pauschalen Abwehr von Kommerzialisierungstendenzen beruft, verkennt, dass auch er zu Zwecken der Geldkompensation im gegenständlichen Bereich auf nichts anderes als den Marktwert des Gegenstandes zurückgreifen kann und damit die über das

Nachfrageverhalten in den Preis einfließenden Wertpräferenzen schadensrechtlich honoriert. Sie werden honoriert, weil es einen Preis für sie gibt, der als Rechnungsfaktor in die Schadensermittlungsbilanzen eingesetzt werden kann.

Der in Geldeinheiten ausdrückbare Tauschwert eines Gutes ist die *differentia specifica* zwischen materiellen und immateriellen Gütern. Diese Sichtweise hat der Trennung der Vermögens- von den Nichtvermögensschäden durch den Gesetzgeber zugrunde gelegen (Motive II S. 21 ff.). Mangels anderer Indikatoren für die Grenzziehung besteht auch heute kein Anlass, von ihr abzurücken.

Die Suche nach dem Wesen des Materiellen, welches sich hinter dem Marktwert verbirgt oder gar quer zu ihm steht, verspricht keinen Erfolg. Den „vielfach übersteigerten Bedürfnissen und oft extravagant wirkenden Gewohnheiten der Zeitgenossen“ (Baur S. 138) kann man nicht dadurch wehren, dass man Gütern, die auf dem Markt gegen Geld getauscht werden, einfach die Vermögensqualität abspricht, wenn es sich nicht um Sachgüter handelt. Man billigt doch auch dem Porschefahrer die Kompensation für den Verlust seines Fahrzeugs zu, ohne nach dem übersteigerten Bedürfnis oder der extravagant wirkenden Gewohnheit dieses Zeitgenossen zu fragen. Das Schadensrecht ist - wenigstens in seiner geltenden Fassung - nicht der Ort, den Bürgern eine bescheidene Lebensführung zu empfehlen. Es zwingt vielmehr mit seiner am Tauschwert orientierten Differenzierung zwischen Vermögensgütern und Nichtvermögensgütern dazu, dem sozialen Wandel Rechnung zu tragen, welcher weite Bereiche ehemals immaterieller Güter marktgängig und damit zu Vermögensgütern gemacht hat (ebenso MünchKomm- Grunsky vor § 249 Rz. 12). Es verändert sich nicht der Inhalt (die Intension) der gesetzlichen Regelung, sondern nur der von ihr erfaßte Bereich (ihre Extension). Nur über Intensionsveränderungen bewirkte Extensionsverschiebungen aber können sinnvoll als „gesetzwidrig“ (Diederichsen S. 73) geißelt werden.

Güter, die einen Tauschwert haben, sind, auch wenn sie keine Sachgüter sind, Vermögensgüter. Ihr Entzug und ihr Ausbleiben können ebenso wie ihre wertmindernde Beeinträchtigung in die Bilanzen zur Schadensermittlung eingesetzt werden. Das heißt indessen nicht, dass nun jede Beeinträchtigung der Arbeitskraft, jeder Nutzungsentgang, jeder Freizeitzug, jeder vereitelte Urlaub, jedes ausgebliebene Vergnügen als ersatzfähiger Vermögensschaden anerkannt werden müßte, nur weil es Arbeits-, Nutzungs-, Freizeit-, Urlaubs- und Vergnügungsmärkte gibt. Schadensersatzfähige Positionen entstehen in diesen Bereichen erst, wenn der Verletzte selbst oder Dritte Dispositionen getroffen haben, welche konkret meßbare, in Geld ausdrückbare Einbußen oder nicht realisierte Vorteile beim Verletzten erkennbar werden lassen.

*i. Arbeitskraft*

Die Frage nach der Vermögensqualität der Arbeitskraft schlechthin trägt nichts zur Lösung schadensrechtlicher Probleme (a.A. MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnr. 80). Für den, der weder seine Arbeitskraft gegen Entgelt einsetzen noch für sich Güter produzieren kann, ist die Arbeitsfähigkeit (vermögens-)wertlos (BGH 69, 34). Ihre Beeinträchtigung führt bei ihm auch nicht zu einem Vermögensschaden. Anders stellt sich die Situation aus der Sicht dessen dar, dem Arbeit geleistet werden soll. Für ihn hat die Arbeitskraft (des anderen) den Vermögenswert, der in der Regel auf dem Markt für die Erlangung der Arbeitsleistung aufgebracht werden muss. Ihr Verlust fügt ihm allerdings nur dann einen ersatzfähigen Schaden zu, wenn die Bilanz nicht durch den Wegfall der Entgeltspflicht ausgeglichen wird. Der Träger der Arbeitskraft selbst erleidet einen Vermögensschaden, wenn er ohne das ihn zum Ersatz berechtigende Ereignis seine Arbeitskraft hätte für sich wertschöpfend oder gewinnbringend einsetzen können. Die wegen der Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit nicht realisierten Werte machen den nach § 252 zu ersetzenden entgangenen Gewinn aus. Das Arbeitsmarktrisiko trägt somit der Verletzte (im Ergebnis ähnlich MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnr. 85, der darauf abstellt, ob der konkret Geschädigte mit seiner Ausbildung, seinem Lebensalter an seinem Wohnort usw. eine Anstellung hätte finden können). Dagegen ließe sich unter Sozialstaatsgesichtspunkten möglicherweise geltend machen, dass gerade in Zeiten verstärkter Arbeitslosigkeit dem Verletzten durch Gewährung einer Art Grundrente auch dann geholfen werden müsse, wenn er als Gesunder seine Arbeitskraft nicht hätte für sich wertschöpfend oder gewinnbringend einsetzen können. Man mag an den vom BGH der Prostituierten zugebilligten Anspruch in „Höhe eines existenzdeckenden Einkommens, das auch in einfachen Verhältnissen von jedem gesunden Menschen erfahrungsgemäß zu erreichen ist“ (BGHZ 67, 119 ff., 128) denken, übersähe dabei aber, dass das Schadensrecht einerseits an die konkrete Vermögenslage des Verletzten im Istbestand mit seinen aktuellen Gewinnaussichten anknüpft und andererseits das Problem der Arbeitslosigkeit weder insgesamt bewältigen noch einen sinnvollen Teilbetrag zu seiner Bewältigung leisten kann. Dazu sind andere Systeme der sozialen Sicherung berufen. Wenn man deren Leistungen als unzulänglich empfindet, ist das kein Grund, unter den vielen Arbeitslosen diejenigen zu privilegieren, die zufällig Opfer eines Unfalls geworden sind. Die Kosten einer solchen Privilegierung trägt womöglich ein anderer Arbeitsloser, der den einen beim zeitvertreibenden Spiel verletzt hat! Beim zeitweisen Ausfall eines in einer Gesellschaft in unternehmerischer Funktion tätigen Verletzten, ist darauf zu achten, dass nur tätigkeitsbedingte Vergütungen ersetzt werden können (BGH NJW 1978, 40), wobei die Ersatzleistung der Gesellschaft zufließen muss, wenn diese die Vergütung weiter gezahlt hat.

*ii. Haushaltsführung*

Der von der Rechtsprechung der Trägerin der Arbeitskraft gewährte Ersatz für die Beeinträchtigung der Haushaltsführung (BGHZ 50, 304) fällt aus dem skizzierten Rahmen heraus. Der Einsatz der Frau im Haushalt ihrer Familie bringt ihr selbst keinen in Geld ausdrückbaren Gewinn, der infolge der Beeinträchtigung ihrer Arbeitskraft ausbleiben könnte. Einen Verlust erleidet die Familie; denn ihr entgeht die Arbeitsleistung, deren Wert man am Substitutionsmarkt der professionellen Haushaltskräfte messen mag. Die Familie hat indessen keinen Anspruch, da für sie in der Regel kein haftungsbegründender Tatbestand streitet. Diese missliche Situation ist durch den (im Übrigen begrüßenswerten) Wandel in der rechtlichen und sozialen Wertung der Hausfrauentätigkeit entstanden (BGHZ 50, 304). Solange man die Tätigkeit der Frau in der Familie als Dienstleistung an den Ehemann ansah, konnte der Schutzbedürftigkeit der Familie bei Verletzung der Frau durch den in § 845 vorgesehenen Anspruch des Ehemanns Rechnung getragen werden. Der Anschauungswandel ließ den Anspruch des Ehemanns aus § 845 nicht aber das durch ihn bislang befriedigte Schutzbedürfnis der Familie entfallen. Die entstandene Regelungslücke durfte die Rechtsprechung legitimerweise durch eine Anspruchsgewährung an die Ehefrau ausfüllen, wenn auch der Anspruch als eigener Schadensersatzanspruch der Frau quer zur Schadenssystematik steht. Problematisch ist an dieser Entwicklung allein der kurzschlüssige Durchgriff auf den normativen Schadensbegriff.

Die vorstehenden Ausführungen gelten heute selbstverständlich auch für die Verletzung des haushaltsführenden Ehemanns, auch wenn diese Konstellation bisher in der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht aufgetaucht ist (warum nur?).

*iii. Nutzungsentgang*

Auch für die schadensrechtlichen Probleme des Nutzungsentgangs (dazu auch Lange § 6 VII) ist mit der Frage nach der Vermögensqualität von Nutzen schlechthin nichts gewonnen. Bei einer differenzierten Fragestellung können wie erwähnt zunächst die Fälle als unproblematisch ausgeschieden werden, in denen der Entzug der Nutzungsmöglichkeit die Realisierung eines Vermögenszuwachses vereitelt. Wie bei der unterbliebenen Nutzung der Arbeitskraft durch ihren Träger handelt es sich hier um den in § 252 vorgesehenen Ersatz entgangenen Gewinns. Unproblematisch ist auch die Kompensationsfähigkeit des Vermögensaufwands für eine Ersatznutzung. Sie knüpft an die Restitutionsmöglichkeit nach § 249 Abs. 2 an. Die Probleme liegen in den Fällen, in denen die Nutzungsmöglichkeit (zeitweise) ausgeschlossen ist, durch den Ausschluss keine Gewinnerzielung

vereitelt wird und keine Kosten für eine Ersatznutzung aufgewendet werden. Nur hier stellt sich nämlich die Frage, ob die Nutzungsmöglichkeit als solche ein bilanzierungsfähiger Vermögensschadensposten ist. Selbst für diese Fälle kann die Frage nicht einfach mit dem Hinweis auf einen Markt für Nutzungen beantwortet werden. Entscheidend ist, in welcher Weise dem Betroffenen die Nutzungen vor und nach dem Schadensfall zugänglich sind. Ist nach einem zeitweiligen Nutzungsausschluss noch der gesamte Nutzungsvorrat in seinem Vermögen vorhanden, so kann der Betroffene über ihn wie vor dem Schadensereignis disponieren. Das ist insbesondere bei langlebigen Gütern der Fall, die im Eigentum des Betroffenen stehen. Mangels Vermögensdifferenz besteht kein Anlass, den zeitweiligen Nutzungsausfall in Geld zu kompensieren. Anders gestaltet sich die Sachlage, wenn dem Betroffenen nicht ein zeitlich unbegrenzter Nutzungsvorrat, sondern nur eine zeitlich beschränkte Nutzungsmöglichkeit zusteht und diese ohne Nachholmöglichkeit vereitelt wird. Der Vermögenswert der zeitlich beschränkten Nutzungsmöglichkeit liegt in dem Preis, den der Betroffene oder Dritte aufwenden müssen, um eine derartige Nutzungsmöglichkeit zu beschaffen. Allein hier wird die Frage relevant, ob es einen Markt für solche Nutzungen gibt. Gibt es ihn, so hat die zeitlich beschränkte Nutzungsmöglichkeit Vermögenswert. Ihr Entgang ist Vermögensschaden, der zum Marktpreis in die Schadensbilanz eingesetzt werden kann. Die zeitliche Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit kann sich einmal aus der Kurzlebigkeit des in Frage stehenden Gutes und zum andern aus der Art ergeben, in der die Nutzungsmöglichkeit zur Verfügung gestellt wird, etwa durch kurzfristige Miete, Pacht oder Leihe. Daraus erhellt, dass eine Differenzierung zwischen Sacheigentum einerseits und nicht auf Sacheigentum beruhenden Nutzungsmöglichkeiten andererseits ökonomisch wie schadensrechtlich irrelevant ist: Soweit für die Verschaffung der Nutzungsmöglichkeit Geld aufgewendet wird, bedeutet ihre endgültige Entziehung einen Vermögensschaden, gleich welcher Rechtsform man sich zur Verschaffung der Nutzungsmöglichkeit bedient. Auch die vereitelte Nutzungsmöglichkeit eines zinslosen Darlehens ist ein Vermögensschaden (im Ergebnis zutreffend, wenn auch mit zweifelhafter Begründung BGH 74, 231 = NJW 1979, 1494).

## **2. Kommerzialisierung und Frustration**

Die bislang angestellten Einzelerwägungen lassen sich in ein Vermögensschadenssystem einordnen, das die Kommerzialisierungsidee mit dem Frustrierungsgedanken verbindet. (Gerade diese Verbindung entzieht den gegenüber isolierten Kommerzialisierungs- und Frustrierungsthesen beachtlichen Bedenken Langes - § 6 IV - den Boden.) Danach ist ein Vermögensschaden über den effektiven Geldabfluss und verhinderten Geldzufluss hinaus immer dann

anzunehmen, wenn dem Verletzten ein Gut endgültig entzogen oder vorenthalten wird, für das er oder andere Geld im Rahmen des gesellschaftlichen Durchschnittswerts aufgewendet haben oder doch aufwenden könnten, weil es für dieses Gut einen Markt gibt. Der durch Entzug oder Vorenthaltung des Gutes „frustrierte“ aktuelle oder potenzielle, am gesellschaftlichen Durchschnittswert orientierte Aufwand ist bei Vorliegen eines Haftungstatbestandes als Vermögensschaden zu ersetzen. Die Ausrichtung des Vermögensschadenssystems am so verstandenen Frustrierungsgedanken ermöglicht eine konsistente Entscheidungspraxis, trägt dem Wandel in der Vermögensanschauung Rechnung, bringt die ökonomische Gleichwertigkeit unterschiedlicher Rechtsformen zur Geltung, vermeidet die illegitime Privilegierung des Sacheigentumsaufwands und erlaubt eine nachvollziehbare Grenzziehung zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden. Ihr Nachteil: Sie entspricht nicht der herrschenden Praxis (s. zur herrschenden Praxis oben; es finden sich auch deutliche Distanzierungen zum hier vertretenen Ansatz, vgl. etwa BGH 71, 234) und wird auch in der Wissenschaft überwiegend abgelehnt. Wenn sie hier dennoch empfohlen wird, so geschieht dies, weil gerade der desolate Zustand der herrschenden Praxis Anlass zur Umorientierung gibt und die gegen den Frustrierungsgedanken erhobenen Einwände (Küppers VersR 1976, 604) nicht verfangen.

#### *a. Aufgabe des Kausalitätserfordernisses?*

Der Frustrierungsgedanke unterläuft nicht das Kausalitätserfordernis zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und dem zu ersetzenden Schaden (so aber Keuk, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 246). Zwar liegen die frustrierten Aufwendungen in der Regel zeitlich vor dem die Ersatzpflicht auslösenden Ereignis; der Verlust oder das Ausbleiben des mit den Aufwendungen erkaufte Äquivalents aber liegt zeitlich nach diesem Ereignis und wird durch es verursacht. Um dieses Äquivalent geht es. Seine Marktgängigkeit weist es als ein vermögenswertes Gut aus; die für es getätigten Aufwendungen geben einen Anhaltspunkt für seine Bewertung. Der Frustrierungsgedanke führt auch nicht zu einem originären Deliktsschutz von Vertragspositionen (so aber Stoll JZ 1971, 595). Denn nach wie vor bedarf es zur Haftungsbegründung aus Delikt der Verwirklichung eines entsprechenden Tatbestandes; allein im Rahmen der Haftungsausfüllung kann die Frustration von Aufwendungen zu einem ersatzfähigen Vermögensschaden führen. In diesem Rahmen aber sind bestehende Vertragsbeziehungen schon immer berücksichtigt worden, wenn es etwa darum ging, einen aus diesen Beziehungen zu erwartenden, wegen des haftungsauslösenden Ereignisses aber nicht realisierten Gewinn zu berechnen. Die Verknüpfung des Frustrierungsgedankens mit der Kommerzialisierungsidee und die so erreichte Orientierung an einem objektivierten Maßstab lässt auch die Kritik



ins Leere laufen, die der traditionellen Frustrationslehre das Fehlen eines kontrollierenden intersubjektiven Maßstabs vorhält (Küppers VersR 1976, 606). Ob mit der Einführung objektiver, verallgemeinernder Kriterien die Grundkonzeption der Frustrationslehre aufgegeben wird (so Küppers a. a. O.), ist letztlich eine Frage des Sprachgebrauchs und mag als solche dahinstehen. Die Kommerzialisierungsthese allein reicht jedenfalls als Entscheidungsrichtlinie nicht hin, weil sie allzu leicht dazu verführt, auch dort Vermögensverluste anzunehmen, wo der Frustrierungsgedanke deutlich macht, dass das durch die Aufwendungen erstrebte Äquivalent gar nicht aus dem Vermögen des Ersatzberechtigten verschwunden ist. Trifft jemand Aufwendungen für langfristige Nutzungen, sei es durch Kauf, Miete oder Pacht, so liegt es von vornherein in seinem Plan, dass es auch Zeiten gibt, in denen die Nutzung nicht aktualisiert wird. Die zeitweilige Nutzungsverweigerung durch Dritte führt hier nicht zum Entzug des mit dem Geldeinsatz angestrebten Äquivalents und deshalb nicht zu einem Vermögensschaden. Mit der bloßen Kommerzialisierungsthese ohne Fruchtbarmachung des Frustrierungsgedanken ließe sich dieses (wünschenswerte) Ergebnis schwerlich begründen.

*b. Differenzierung nach objektbezogenen und anderen Eingriffen?*

Die Annahme des Frustrierungsgedankens zwingt zur Aufgabe der Differenzierung nach objektbezogenen und anderen Eingriffen, die dem Berechtigten die angestrebte Nutzung unmöglich machen (a.A. Köndgen AcP 177 (1977), 128 f.; wie hier Larenz SchuldR AT § 29 II c, der dieses Zwanges wegen den Frustrierungsgedanken aufgegeben hat). Mit dieser Differenzierung will die Rechtsprechung der Gefahr wehren, „im Bereich der Körper- und Gesundheitsverletzungen neben den herkömmlich anerkannten Ersatzpflichten Lasten unübersehbaren Umfangs“ (BGHZ 55, 146 ff., 152 - „Jagdpächter“) zu schaffen. Sie wählt dabei ein untaugliches Mittel zur Erreichung eines nicht einmal als legitim ausgezeichneten Ziels. Denn die Lasten können als solche nicht wegdisputiert werden. Es geht nur um ihre Verteilung. Diese richtet sich nach haftungsbegründenden Tatbeständen. Tritt nun eine Belastung in der Folge eines haftungsbegründenden Ereignisses auf, so greift der vom Gesetz vorgesehene Umverteilungsmechanismus ein: Der Schaden des Berechtigten wird zur Last des Verpflichteten. Die Aufhebung dieses Mechanismus durch eine Differenzierung nach objektbezogenen und nicht objektbezogenen Eingriffen findet im Gesetz keine Stütze. Sie lässt sich beim Untergang von Gütern, die unstreitig Vermögenswert haben, nicht durchhalten (Wer den Viehhüter verletzt, muss für dessen eingegangenes Vieh ebenso Ersatz leisten, wie wenn er unmittelbar auf das Vieh eingewirkt hätte) und sollte auch nicht zur Zurücknahme von Positionen verleiten, die bei der Diskussion um den Vermögenswert begründet worden sind.

Ist einem Gut einmal Vermögenswert zugesprochen worden, so verpflichtet sein Entzug im Rahmen eines haftungsbegründenden Tatbestands zum Schadensersatz, mag sich der Eingriff auf das Gut oder die zur Nutzung berechtigte Person beziehen. Entscheidend ist allein, ob das betreffende Gut nach den Dispositionen des Ersatzberechtigten das Äquivalent eines in Geld ausdrückbaren gesellschaftlichen Durchschnittswerts und infolge des haftungsbegründenden Ereignisses unwiederbringlich verloren ist.

*i. Nutzungsentgang*

In diesem Regelsystem für die Verwendung des Vermögensschadensbegriffs hat die Rechtsprechung zum zeitweiligen Nutzungsausfall eines Kraftfahrzeugs keinen Platz. Es scheidet kein Leistungsäquivalent aus dem Vermögen des Verletzten aus. Der mit der Anschaffung erworbene Nutzungsvorrat steht dem Verletzten nach Wiederherstellung in unverändertem Maße zu. Das gilt auch für eine auf längere Zeit gemietete Wohnung (erst recht für die gekaufte, aber nicht rechtzeitig fertig gestellte Wohnung, im Ergebnis deshalb zutreffend BGHZ 71, 234). Kann der Berechtigte die Wohnung etwa für die Zeit eines verletzungsbedingten Krankenhausaufenthalts nicht nutzen, so scheidet dadurch, eben weil schon bei der Anmietung nicht von der ständigen realen Benutzung ausgegangen wird und der Nutzungswert im Übrigen zur Verfügung steht, kein am Durchschnittsaufwand messbares Äquivalent aus dem Vermögen aus. Wohl aber ist Ersatz zu leisten, wenn eine für eine bestimmte Zeit gemietete (Ferien-)Wohnung nicht benutzt werden kann und der Betroffene dennoch zur Mietzinsentrichtung verpflichtet bleibt. Hier scheidet ein nach anerkanntem Durchschnittsaufwand zu berechnendes Gut unwiederbringlich aus dem Vermögen des Betroffenen aus.

Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich in den Fällen, in denen die Nutzung einer auf Zeit gemieteten Sache zwar nicht insgesamt, aber doch in einem Maße ausfällt, das die üblicherweise ins Kalkül zu ziehende Nichtbenutzung übersteigt. Hier stehen allgemeine Richtlinien nicht zur Verfügung, und die Gerichte sind auf ihr im Einzelfall auszuübendes Schätzungsermessen angewiesen (§ 287 ZPO).

*ii. Urlaub*

Es bedarf keiner besonderen Hervorhebung, dass die geschilderten Grundsätze nicht nur für Sachnutzungen, sondern für alle Genüsse gelten, die einen gesellschaftlichen Durchschnittswert haben und dem Berechtigten trotz entsprechender Disposition endgültig verloren gehen. Für die verfallene Premierenkarte ist das seit jeher anerkannt, gilt aber ebenso für die verhinderte oder in ihrem Wert beeinträchtigte Reise. Wenn nicht durch die Verhinderung oder Beeinträchtigung der Berechtigte seinerseits von seiner Leistungspflicht befreit

wird, steht ihm in Höhe des frustrierten Durchschnittsaufwands ein Schadensersatzanspruch zu. Dieser Schadensersatzanspruch hat allerdings nichts mit dem von der Rechtsprechung gewährten Anspruch für „vertanen Urlaub“ (BGH 63, 98) zu tun. Bei Letzterem geht es nicht um das Ausbleiben eines spezifischen gegen Geld erwerbbaaren Urlaubsvergnügens, sondern um den Verlust des Urlaubs selbst. Wer hier einen Schadensersatzanspruch gewährt, muss zeigen können, dass der Urlaub selbst ein vermögenswertes Gut (durch § 651 f. Abs. 2 im Reiseveranstaltungsrecht inzwischen gesetzlich anerkannt) und dass im konkreten Fall dieses Gut verloren ist. Der Vermögenswert des Urlaubs eines Arbeitnehmers sollte nach der Regelung des Bundesurlaubsgesetzes außer Zweifel stehen (a.A. Tolk S. 96 f.). Der bezahlte Urlaub wird mit der normalen Arbeitsleistung verdient. Er ist Entgelt und kann in bestimmten Fällen sogar in Geld abgegolten werden (§ 7 Abs. 4 Bundesurlaubsg). Nicht so eindeutig ist der Vermögenswert des Urlaubs eines freiberuflich Tätigen oder selbständigen Gewerbetreibenden. Bedenkt man, dass der entweder für die Zeit seines Urlaubs vorarbeitet oder finanzielle Einbußen hinnimmt oder eine Ersatzkraft einstellt, so wird zwar deutlich, dass auch er Vermögen für die Urlaubszeit aufwendet; es stellt sich aber die Frage nach dem gesellschaftlichen Durchschnittswert (= Marktwert) dieses Aufwands. Mit der Schätzungsbefugnis der Gerichte und den Kosten für eine Ersatzkraft als Anhaltspunkt lassen sich die in dieser Frage liegenden Schwierigkeiten überwinden. Der Vermögenswert des Urlaubs ist mithin für jeden anzuerkennen, der schon und noch im Arbeitsleben steht (weiter gehend Burger NJW 1980, 1249 ff.). Dieser Vermögenswert ist aber nicht schon dann verloren („vertan“), wenn der Anspruchsberechtigte seinen Urlaub nicht so verbringen kann, wie er ihn sich vorstellt. Erkauft ist der Erholungswert des Urlaubs zur Reproduktion der Arbeitskraft. Es kommt deshalb darauf an, ob der Erholungswert beeinträchtigt oder vereitelt ist. Dies ist nicht der Fall, wenn ein geplanter Italienaufenthalt aufgegeben und die Urlaubszeit stattdessen in deutschen Landen verbracht werden muss (BGH 60, 214). Anders bei dem im Krankenhaus verbrachten Urlaub: Dessen Erholungswert ist verloren. Unmittelbar relevant wird dies im Krankheitsfall allerdings nur für den Nichtarbeitnehmer, da nach § 9 Bundesurlaubsgesetz die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit auf den Jahresurlaub von Arbeitnehmern nicht angerechnet werden. Hier trifft der Nachteil den Arbeitgeber, der über die Regresskonstruktion des § 6 Entgeltfortzahlungsg Ausgleich suchen muss und kann.

Der Urlaub dessen, der im Arbeitsleben steht, ist erkaufter Erholungswert und deshalb Vermögensgut. Die Tatsache, dass für den Urlaub Geld (Arbeitslohn) aufgewandt werden muss, hebt ihn von der allgemeinen Freizeit ab (a.A. MünchKomm-Grunsky vor § 249 Rz. 30). Dieser kommt als solcher kein Vermögenswert zu (BGH 66, 112 mit Anm. J. Schmidt NJW 1976, 1932). Wer

Freizeit aufwendet, kann deshalb Schadensersatz nur verlangen, wenn er andernfalls diese Zeit gewinnbringend verwendet hätte. Die Anstalten dazu muss der Anspruchsteller dartun (§ 252 Satz 2). Die hiervon abweichende Entscheidung des OLG Frankfurt (NJW 1976, 1320) ist in ihrer Empörung über das Verhalten des Möbellieferanten verständlich, schadensrechtlich allerdings nicht zu halten (abl. Stoll JZ 1977, 97). Der Freizeitverlust ist eine immaterielle Einbuße. Eine die Kommerzialisierungstheorie mit dem Frustrierungsgedanken verbindende Schadenssystematik trennt sehr wohl noch die materiellen von den immateriellen Einbußen: entgangene Lebensfreuden schlagen sich nicht schon deshalb als zu ersetzende Vermögensnachteile nieder, weil man diese Lebensfreuden kaufen kann. Der in Geld benennbare gesellschaftliche Durchschnittswert ist nur notwendige, nicht aber schon hinreichende Bedingung für einen Vermögensschaden. Zu ihm müssen als weitere Bedingung der aktuelle (und frustrierte) Aufwand des Anspruchsberechtigten oder konkrete Dispositionen von Dritten treten, welche dem Anspruchsberechtigten den aufwandfreien Genuss des kommerzialisierten „Vergnügens“ verschafft hätten. Nur dann ist der endgültig vereitelte Genuss ein Vermögensschaden. Wer vor dem Antritt eines selbst bezahlten und nicht mehr stornierbaren oder von dritter Seite unentgeltlich zur Verfügung gestellten Skiurlaubs durch den haftungsauslösenden Eingriff eines anderen ein Bein verliert, hat im Hinblick auf den jetzt verlorenen Skiurlaub einen Vermögensschaden, im Hinblick auf alle ihm zukünftig entgehenden Skifreuden einen Nichtvermögensschaden erlitten, der allein bei der Bemessung eines eventuellen Schmerzensgelds Berücksichtigung finden kann.

### *iii. Immaterialgüterrechtsverletzung*

Die hier entwickelte Vermögensschadenskonzeption schließt die zweite und dritte Schadensberechnungsmethode bei Immaterialgüterrechtsverletzungen aus dem Schadensrecht aus. Nach dem BGB steht dem Inhaber verletzter Immaterialgüterrechte ein Schadensersatzanspruch nur zu, wenn er einen durch die Verletzung (unbefugte Benutzung) seines Rechts verursachten Vermögensverlust darlegen kann. Der Hinweis auf den vom Verletzer erzielten Gewinn (3. Schadensberechnungsart) reicht dazu nur, wenn der Gewinn des einen immer der Verlust des anderen wäre. Diese Voraussetzungen sind so gut wie nie verwirklicht, so dass der Verletzte unabhängig vom Gewinn des Verletzers den Verlust in seinem Vermögen nachweisen muss. Er kann dies etwa durch den Hinweis auf einen Umsatzverlust oder nicht realisierten Umsatzzuwachs (1. Schadensberechnungsart), nicht jedoch durch den Hinweis auf die vom Verletzer nicht geleistete Lizenzgebühr (2. Schadensberechnungsart), wenn nicht sicher ist, dass dem Verletzer eine Lizenz erteilt worden wäre, sei es, dass die Lizenzerteilung überhaupt ausgeschlossen war oder der Verletzer nicht um eine

Lizenz nachgesucht hätte, sei es, dass der Inhaber ihm die Lizenz verweigert hätte (a.A. Keuk S. 72 ff.). Denn in diesen Fällen hätte der Verletzte auch ohne die Verletzungshandlung die Lizenzgebühr nicht erhalten. Bei der zweiten und dritten Schadensberechnungsart geht es materiell auch gar nicht um den Ausgleich eines beim Verletzten entstandenen Verlusts, sondern um die Abschöpfung eines vom Verletzer vereinnahmten Vorteils. Dies ist eine genuin bereicherungsrechtliche Frage und sollte darum auch systematisch im Bereicherungsrecht angesiedelt werden (AK-BGB/Joerges vor §§ 812 ff. Rz. 30).

*iv. GEMA-Rechtsprechung und Vorsorgekosten*

Für die GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) geht der BGH noch über die zweite Schadensberechnungsmethode hinaus und verurteilt diejenigen, die geschützte Werke ohne Genehmigung aufführen, zu „Schadensersatz“ in Höhe der doppelten Lizenzgebühr (BGH 59, 286). Damit sollen die Kosten der umfangreichen Überwachungsorganisation auf die Rechtsverletzer abgewälzt werden. So bestechend dieser Gedanke zunächst scheint; eine tragfähige Begründung liefert er nicht. Zum einen lässt er sich noch weniger in das vom Ausgleichsdenken beherrschte Schadensrecht einordnen als die zweite Schadensberechnungsmethode, zum anderen macht sein Ausdenken Weiterungen deutlich, die sozialpolitisch unerwünscht sind. Dies zeigt u. a. die Diskussion um die Bewältigung des Ladendiebstahls (dazu Gutachten D und E zum 51. Deutschen Juristentag von Naucke und Deutsch). Wer hier über den Ersatz der entwendeten Ware hinaus den erwischten Täter mit den Kosten für Fernsehkameras, Detektive und Fangprämien belasten will, pönalisiert das zivilistische Schadensrecht zu Zwecken des Eigentumsschutzes und vernachlässigt den Beitrag, den über ausgeklügelte Absatzstrategien die Eigentümer selbst zur Verletzung ihres Eigentums leisten. Dieser Beitrag rechtfertigt es selbstverständlich nicht, den Eigentümern Restitution und Kompensation ihres Sachverlustes zu versagen. Wohl aber sollen sie die zum Schutze ihres Eigentums aufgewendeten Kosten selber tragen. Sie allein entscheiden darüber, ob und welche Vorkehrungen getroffen werden. Sie können die Kosten ihrer Entscheidung kalkulieren, nicht aber den vor dem Eintreten eines haftungsbegründeten Ereignisses getätigten Aufwand schadensrechtlich liquidieren ( Wollschläger NJW 1976, 12 ff.; bis auf ausgelobte und ausgekehrte Fangprämien ebenso BGH 75, 230 = NJW 1980, 119). Anders ist es nur, wenn die Aufwendungen zur Gefahrenabwehr im Hinblick auf die konkret drohende und später realisierte Schädigung getroffen worden sind. So muss etwa der bei der Tat festgenommene Einbrecher, demjenigen, der auf einen konkreten Hinweis auf die bevorstehende Tat hin, Wachpersonal engagiert hat, die dadurch entstandenen Kosten ersetzen (MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnr. 172, der dies

sogar für den Fall bejaht, dass der Täter vor der Tatbegehung gefasst wird; in diesem Fall dürfte indes bereits dem Grunde nach kein deliktischer Schadensersatzanspruch entstanden sein).

Das schadensrechtliche Liquidationsverbot trifft auch die sog. Vorhaltekosten (vgl. Jürgen Schmidt JZ 1974, 73). Dabei handelt es sich um Kosten für Maßnahmen, welche die Verletzungsfolgen ausschließen oder doch mindern sollten. In BGH 32, 280 sind solche Kosten ersetzt worden (differenzierend BGH NJW 1976, 286; bestätigt und auf die allgemeine Reservehaltung erweitert durch BGH 70, 199). Hier fiel ein Straßenbahnwagen durch einen vom Beklagten zu verantwortenden Unfall für mehrere Monate aus. Die Straßenbahngesellschaft setzte einen eigens für solche Fälle bereitgehaltenen Reservewagen ein und vermied dadurch die Betriebseinschränkung und einen entsprechenden Gewinnausfall. Der BGH sprach ihr einen nach der Dauer des Einsatzes bemessenen Anteil an den Anschaffungs- und Unterhaltungskosten des Reservewagens als Schadensersatz zu. Zur Begründung führte er an, es könne „keinen rechtlich bedeutsamen Unterschied machen, ob der Inhaber eines Straßenbahnunternehmens bei Ausfall eines Fahrzeugs infolge fremdverschuldeten Unfalls ein Ersatzfahrzeug mietet oder ob er ein Fahrzeug einsetzt, das er sich wegen der besonderen Schwierigkeit, einen Straßenbahnwagen kurzfristig mietweise zu erlangen, eigens zum Zwecke der Vorsorge für vorkommende Fälle dieser Art bereits selbst zugelegt und bereitgestellt hat“ (S. 284). Der rechtlich bedeutsame Unterschied, den der BGH nicht akzeptieren mochte, liegt in der Kausalität. Sie ist unhintergehbare Minimalbedingung der Zurechnung eines Verlustes zu einem Verletzungsereignis. Vor dem Verletzungsereignis aufgewendete Kosten können nicht durch dieses verursacht sein. Darüber helfen weder die von Deutsch (Haftungsrecht I § 26 II 8) empfohlene Unterscheidung von „abstrakten und konkreten Aufwendungen“ noch die von Eike Schmidt (Esser/Schmidt § 32 III 2.2) vorgeschlagene Einteilung hinweg, nach der die Kosten nur solcher vorsorglichen Maßnahmen zum Schadensersatz berechtigen sollen, deren Unterlassen dem Geschädigten zum Mitverschulden gereichen würde (wie hier: Lange § 6 VIII 3). Zur Remedur in gewünschter Richtung mag man den Aufwendungsersatzanspruch des Auftragsrechts heranziehen; die Aufgabe des Kausalitätserfordernisses zwischen dem haftbar machenden Ereignis und dem zu ersetzenden Schaden ist dagegen nicht angezeigt. Dieses Erfordernis läßt die schadensrechtliche Liquidation von Kosten der Schadensvergütung, -bekämpfung und -minderung nur zu, wenn diese nach dem haftbar machenden Ereignis aufgewendet worden sind. Die Kausalverknüpfung ist allerdings nur notwendige und nicht auch schon hinreichende Bedingung der Liquidation. So sind zwar für die Ergreifung von (Laden-)Dieben ausgeworfene Fangprämien durch haftbar machende Ereignisse verursacht; als außerhalb des Schutzbereichs der verletzten Verhaltensgebote

liegend können sie dennoch nicht von den Dieben ersetzt verlangt werden (a. A. Hagmann JZ 1978, 133, der ausgelobte und ausgezahlte Fangprämien bis zur Höhe des Werts des entzogenen Gutes für ersatzfähig hält; ähnlich jetzt BGH 75, 230 = NJW 1980, 119).

### 3. Abstrakte Schadensberechnung

#### *a. Anwendungsbereich*

Die Schadensermittlung nach der Differenzhypothese verschafft dem Ersatzberechtigten den vermögensmäßigen Ausgleich der auf Grund des haftungsauslösenden Ereignisses erlittenen Einbußen und versagt ihm zugleich, sich am Schadensfall zu bereichern. Sie dient so der Ausgleichsfunktion des Schadensrechts. Dieser Vorzug ist allerdings leicht verspielt, wenn man an die Stelle der konkreten Berechnung der in die Vermögensbilanzen einzustellenden Positionen eine abstrakte Schadensberechnung setzt. Unter dem Signum der abstrakten Schadensberechnung treten denn auch häufig Forderungen auf, die im geltenden Schadensrecht deshalb keinen Platz haben, weil sie - ohne entsprechende gesetzliche Grundlage - zum Schadensersatz ohne Schaden führen. So weist nach Steindorff (AcP 158 (1959/60), 431) die Wahlmöglichkeit zwischen abstrakter und konkreter Schadensberechnung auf einen nach materiellen Grundsätzen zu differenzierenden Schadensbegriff zurück. Die Rechtsverfolgungsthese wird belebt. Bei besonderer Schutzwürdigkeit der verletzten Rechtsposition soll eine abstrakte Berechnung zu Zwecken der Rechtsverfolgung und Buße gerechtfertigt sein. Die besondere Schutzwürdigkeit komme Immaterialgüterrechten, nicht aber Persönlichkeits- und Sachenrechten zu. Schließlich sei es den Parteien marktbezogener Geschäfte verwehrt, einen konkreten Schaden geltend zu machen. Der Verkäufer könne nur die Differenz zwischen Kaufpreis und gefallenem Marktpreis verlangen, dies allerdings ohne Rücksicht darauf, ob ihm tatsächlich ein Schaden entstanden sei.

#### *b. Begriffliche Festlegung*

Die Diskussion der „Möglichkeiten und Grenzen abstrakter Schadensberechnung“ (Knobbe-Keuk VersR 1976, 401) wird dadurch erschwert, dass man den Begriff nach unterschiedlichen Regeln für unterschiedliche Dinge verwendet. Die einen verstehen unter abstrakter Schadensberechnung einfach die Beweiserleichterung des § 252 Satz 2 für die Berechnung entgangenen Gewinns (so BGHZ 62, 103). Andere reservieren die Bezeichnung für materiellrechtliche Regelungen, die den Inhalt des Schadensersatzanspruchs so festlegen, dass ein bestimmter Betrag stets

als Mindestschaden ersetzt werden kann (so etwa Steindorff und Knobbe-Keuk ). Hier soll nur im letzteren Sinne von abstrakter Schadensberechnung gesprochen werden. Bei ihr geht es dann nicht um den beweis erleichternden Rekurs des Anspruchstellers auf den „gewöhnlichen Lauf der Dinge“, sondern um den Ausschluss des Anspruchsgegners von der bei konkreter Berechnung anspruchsmindernden Darlegung eines ungewöhnlichen Verlaufs.

### *c. Gesetzliche Fälle und vertragliche Vereinbarungen*

Die abstrakte Schadensberechnung lässt das Gesetz nur ausnahmsweise zu. So verpflichten etwa §§ 288, 291 den Schuldner zur Verzinsung des einem anderen vorenthaltenen Geldbetrags in Höhe von 5% (§ 288 Abs. 1 BGB) bzw. 8% (§ 288 Abs. 2 BGB) über dem jeweiligen Basiszinssatz unabhängig davon, ob der jeweilige Gläubiger nun auch tatsächlich das Geld gewinnbringend angelegt hätte. Der abstrakte Mindestschaden schließt die Geltendmachung eines höheren Schadens nicht aus (§ 288 Abs. 4 BGB). Der höhere Schaden muss dann allerdings konkret errechnet werden. Ähnlich verhält es sich beim Fixhandelskauf über Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben: Für den Schadensersatzanspruch des nicht rechtzeitig bedienten Vertragspartners bestimmt § 376 Abs. 2 HGB, dass „der Unterschied des Kaufpreises und des Markt- oder Börsenpreises zurzeit und am Orte der geschuldeten Leistung gefordert werden“ könne. Gegenüber einem so berechneten Schaden kann der Verpflichtete nicht einwenden, dass etwa der Ersatzberechtigte die Ware auf Grund besonderer Beziehungen tatsächlich zu einem niedrigeren Preis als dem Marktpreis bekommen habe.

Die Möglichkeit abstrakter Schadensberechnung sollte auf die eindeutig im Gesetz fixierten Fälle beschränkt bleiben. Es besteht weder Anlaß, die abstrakte Schadensberechnung zum Einfallstor für Sanktion und Buße ohne Schaden zu machen, noch ist es gerechtfertigt, professionellen Verkäufern unabhängig von Marktpreisen den „Lohn für das fehlgeschlagene Geschäft in Form der Gewinn- und Handelsspanne“ (Steindorff JZ 1961, 14) als objektiven Wert zuzusprechen. Außerhalb der gesetzlich fixierten Fälle abstrakter Schadensberechnung muss um des Bereicherungsverbots und des Ausgleichs willen der Anfall der geltend gemachten Position im Vermögen des Anspruchsberechtigten und ihr Wert dargetan werden. Erst die Differenz der nach diesen Grundsätzen erstellten Bilanzen zur realen und hypothetischen Vermögenslage ergibt einen nach zivilistischem Schadensrecht zu ersetzenden Schaden. Den verbreiteten Versuchen, den damit verbundenen Nachweisproblemen durch die vertragliche Vereinbarung von Schadensersatzpauschalen auszuweichen (vgl. Beuthien in: FS Larenz 1973, 585 ff., 595 ff.), ist der Gesetzgeber durch § 309 Nrn. 5 und 6 BGB entgegengetreten. Dort erklärt er sowohl Schadensersatzpauschalen als auch



Vertragsstrafen für ausnahmslos unwirksam, wenn sie in AGB gegenüber Nichtkaufleuten (§ 310 Abs. 1 BGB) verwendet werden. Damit ist im früher praktisch wichtigsten Anwendungsbereich das Pauschalierungsproblem erledigt.

*d. Der Ansatz von (Knobbe-)Keuk*

Die Ausgleichsfunktion des Differenzschadensbegriffs verfehlt der Ansatz von (Knobbe-)Keuk. Zwar macht auch Keuk verbal Front gegen Tendenzen in Rechtsprechung und Literatur, Schadensersatz ohne Schaden zu gewähren, und empfiehlt die Beschränkung der abstrakten Schadensberechnung auf die gesetzlich geregelten Fälle zuzüglich der zweiten Schadensberechnungsmethode bei Immaterialgüterrechtsverletzungen und der Berechnung des Unternehmerlohns von selbständig Gewerbetreibenden (VersR 1976, 405 ff.); mit ihrer Definition des zu ersetzenden Interesses führt sie allerdings hinterrücks weit reichende Möglichkeiten des Schadensersatzes ohne Schaden ein. Das Interesse wird auf den Zustand bezogen, „den der Schuldner durch sein ordnungsgemäßes Verhalten hätte herbeiführen sollen“ (S. 53) und nun (schadens-)ersatzweise herzustellen hat. Dass diese Festlegung das Schadensrecht des BGB verfehlt, welches auch Haftungen ausfüllt, die sich nicht auf Pflichtverletzungen gründen, ist schon vermerkt worden (siehe J.I.3). Es bleibt zu zeigen, dass sie auch dort nicht taugt, wo sie vordergründig plausibel erscheint: beim Ersatz des (vertraglichen, positiven) Erfüllungsinteresses. Keuk argumentiert so (S. 109 ff.): Das ordnungsgemäße Verhalten des Schuldners ist die Leistung zum Erfüllungszeitpunkt. Hierauf ist das positive Interesse des Gläubigers gerichtet. Soll es ersatzweise befriedigt werden, ist als Mindestschaden der Wert der vorenthaltenen Leistung im Erfüllungszeitpunkt zu ersetzen, was auch immer sonst noch geschehen mag.

Hier gerät die für den Fixhandelskauf in § 376 Abs. 2 HGB getroffene Sonderregel zur allgemeinen Regel für Kaufgeschäfte überhaupt (so explizit Keuk S. 113 ff.). Jeder Käufer kann als positives Mindestinteresse den Anschaffungspreis (Deckungsgeschäft) abzüglich der ersparten Gegenleistung verlangen, jeder Verkäufer die vereinbarte Vergütung abzüglich des Einkaufspreises. Da dies auch dann noch gelten soll, wenn der Käufer gar kein Deckungsgeschäft vornimmt oder der Verkäufer die nicht abgenommene Sache anderweitig mit Gewinn veräußert, wird Schadensersatz ohne Schaden gewährt und das Bereicherungsverbot des Vermögensschadensrechts verletzt. Dies zeigt schließlich auch die viel diskutierte Entscheidung BGH 49, 56 (bei Keuk S. 121 ff.). Hier war ein Mieter ausgezogen, ohne seiner vertraglich übernommenen Renovierungspflicht zu genügen. Der Vermieter fand einen Nachmieter, der es übernahm, die Räume auf seine Kosten zu renovieren, und dieser Pflicht auch nachkam. Legt man die Differenzhypothese zugrunde, so hat der Vermieter mangels Schaden keinen Schadensersatzanspruch

gegen den Vormieter. Anders Keuk: Sie will als Mindestschaden dem Vermieter jedenfalls den Wert der vorenthaltenen Leistung im Erfüllungszeitpunkt vergüten; anders auch der BGH, der - ausgehend von der Differenzhypothese - den Vorteilsausgleich versagt, um den Schädiger nicht unbillig zu entlasten. Warum es aber billig sein soll, den Vermieter am Schadensfall zu bereichern, darauf bleiben beide die Antwort schuldig. Ausgleichsbedürftig ist nicht der Vermieter, sondern der Nachmieter, dessen Ausgleichsberechtigung sich über einen Bereicherungsregress oder auch einen Gesamtschuldregress begründen läßt (für den Gesamtschuldregress Schmudlach NJW 1974, 257 ff.; LG Kassel NJW 1975, 1842; Lange, § 9 V 6; dagegen Gundlach NJW 1976, 787 mit Erwägungen aus einer überholten Gesamtschuldkonzeption).

#### **4. Grenzen der Ersatzpflicht**

Wer den Schaden als Differenz zwischen einer realen und einer hypothetischen Vermögenslage fasst, die Bestimmung des Vermögensgutes vom Gegenstandserfordernis löst und an der Marktbewertung orientiert, schließlich festlegt, wann vom haftungsbedingten Ausfall eines solchen Vermögensgutes gesprochen werden kann, hat damit die schadensrechtliche Problematik noch immer nicht erschöpft. Er steht vor der vergleichbar schwierigen Frage, ob und gegebenenfalls wie die Ersatzpflicht zu begrenzen sei. Das Gesetz scheint in den meisten Fällen eine eindeutige Antwort auf diese Frage bereitzuhalten. Es ordnet bei Vorliegen eines haftungsbegründenden Tatbestandes an, dass der Ersatzpflichtige den „daraus entstehenden Schaden“ zu ersetzen habe (vgl. etwa §§ 823 Abs. 1 und 2, 824, 833, 1 HaftpflG, 7 Abs. 1 StVG). Dies könnte man so verstehen, dass dem Ersatzpflichtigen sämtliche Schadensfolgen angelastet werden, die vom haftungsbegründenden Ereignis verursacht sind. Die Kausalität würde so zum allein maßgeblichen positiven Zurechnungsfaktor für die Frage der Haftungsausfüllung. Es wäre mit der für praktische Zwecke regelmäßig ausreichenden Faustformel der Äquivalenztheorie lediglich zu fragen, ob das haftungsbegründende Ereignis hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfällt (Conditio-sine-qua-non-Formel; zu ihr und ihrer wissenschaftstheoretisch fundierten Kritik Schulin, Der natürliche - vorrechtliche - Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht, 1976, S. 99 ff.).

Zweifel an der Angemessenheit dieses Zurechnungskriteriums stellen sich schon ein, wenn man bedenkt, dass ein Schaden auch dann ersetzt werden müßte, wenn er aus anderen, im konkreten Fall nicht wirksam gewordenen Gründen ohnehin eingetreten oder durch verletzungsbedingte Vorteile finanziell ausgeglichen wäre. Richtet man - wie hier vorgeschlagen - die Vermögensschadensermittlung an der

Differenzhypothese aus, lassen sich die geschilderten Zweifel allerdings weitgehend ausräumen. Die Differenzhypothese stellt hypothetische Schadensverläufe und verletzungbedingte Vorteile grundsätzlich in Rechnung. Die Frage kann dann nur noch lauten, ob - außerhalb der Berücksichtigung hypothetischer Abläufe - allein die kausale Verknüpfung einer Vermögensänderung mit dem Haftungsgrund über die Einstellung des Vermögensnachteils oder -vorteils in die zur Differenzermittlung aufzustellenden Bilanzen entscheiden soll. Die Antwort fällt - mit je unterschiedlichen Erwägungen - verneinend aus. Bei Vermögensvorteilen wird insbesondere im Hinblick auf Dritteleistungen die Anrechnung versagt, wenn sie zur Zweckentfremdung der Dritteleistung führen würde (s. u. Rz. 78). Aber auch die nachteiligen Entwicklungen sollen nicht sämtlich den Verletzer treffen, wie das der Fall wäre, wenn man die Kausalität zum positiven Zurechnungsfaktor machte. Kausalketten sind prinzipiell unbegrenzt. Das gilt für die vergangenheitsbezogenen Überlegungen zur haftungsbegründenden Kausalität ebenso wie für die haftungsausfüllende Kausalität, welche die Schadensfolgen in der Gegenwart gewordenen Zukunft erfaßt. Während allerdings im Bereich der Haftungsbegründung die Problematik entschärft ist und durch die gesetzlich ausgeprägten und dogmatisch fortentwickelten Zurechnungskriterien (Rechtswidrigkeit, Betriebsbezogenheit, Normzweck u. a.) als theoretisch gelöst angesehen werden kann, ist für den Bereich der Haftungsausfüllung noch manche Frage offen (vgl. zu den Zurechnungsfragen auch Gottwald S. 49 ff.).

#### *a. Die Untauglichkeit der Adäquanzformel*

Die Rechtsprechung versucht seit jeher, die dem Ersatzpflichtigen zuzurechnenden Schadensfolgen mit Hilfe der Adäquanzformel (zur Adäquanztheorie eingehend Lange § 3 VI) einzugrenzen. In der Leitsatzfassung in BGHZ 3, 261 lautet diese: „Eine Begebenheit ist adäquate Bedingung eines Erfolges, wenn sie die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht hat. Bei der dahin zielenden Würdigung sind lediglich zu berücksichtigen a) alle zurzeit des Eintritts der Begebenheit dem optimalen Beobachter erkennbaren Umstände, b) die dem Setzer der Bedingung noch darüber hinaus bekannten Umstände. Diese Prüfung ist unter Heranziehung des gesamten im Zeitpunkt der Beurteilung zur Verfügung stehenden Erfahrungswissens vorzunehmen.“ Die Formel ist u.U. geeignet, die mitunter schwierige Antwort auf die Kausalitätsfrage als solche zu leiten (vgl. Schönemann JuS 1979, 19; JuS 1980, 31; dagegen Weitnauer JuS 1979, 697). Sie läßt es aber darüber hinaus nicht zu, eine Schadensfolge als inadäquat auszuschneiden. Wenn dies dennoch geschieht, stehen dahinter regelmäßig andere als zahlenmäßige Üblichkeitserwägungen. Die Formel kann deshalb wegen Verfehlung des postulierten Eingrenzungszwecks

getrost aufgegeben werden. Es hilft auch nicht weiter, wenn man ihr eine weniger scharfe Fassung gibt (a. A. u. a. Larenz SchuldR AT § 27 III b 1; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, § 11 VII, 6). Die drängende Aufgabe, Gefahren- und Risikobereiche abzugrenzen, ist heute mit anderen Kriterien als denen der adäquaten Kausalität zu bewältigen. Einen wichtigen Anhaltspunkt bieten hier die im Rahmen der Haftungsbegründung weitgehend streitfreien Zurechnungen nach dem Schutzzweck der Haftungsnormen. Sie machen deutlich, dass auch eine weniger scharf gefasste Adäquanzformel disfunktional ist, weil einerseits Haftungsnormen dem Geschädigten auch ganz ungewöhnliche Schadensentwicklungen abnehmen und andererseits durchaus gewöhnliche Schadensentwicklungen aus dem Bereich der durch eine Haftungsnorm geschützten Interessen herausfallen können.

#### *i. Haftung für inadäquate Schäden*

Im Impfschadenfall (BGHZ 18, 286) hatte eine beim Ehemann und Vater der Kläger durchgeführte Schutzimpfung infolge ganz ungewöhnlicher Umstände zu dessen Tode geführt. Hier konnte der Aufopferungsanspruch der Hinterbliebenen nicht davon abhängen, ob die Realität gewordenen Komplikationen mit einer gewissen statistischen Regelmäßigkeit auftreten oder so selten sind, dass man mit ihnen nicht zu rechnen brauchte. Der Aufopferungsanspruch soll dem Geschädigten das Vermögensrisiko des Impfschadens überhaupt abnehmen. Im Ergebnis entschied der BGH ebenso - unter Berufung auf den Adäquanzgedanken, der dann in der Begründung jeglicher Konturen beraubt wird. Denn es sei „zu berücksichtigen, dass die Frage der Adäquanz zwischen Bedingung und Erfolg nicht rein logisch abstrakt nach dem Zahlenverhältnis der Häufigkeit des Eintritts eines derartigen Erfolges beantwortet werden kann, sondern dass mit einer wertenden Beurteilung aus der Vielzahl der Bedingungen im naturwissenschaftlich-philosophischen Sinne diejenigen ausgeschieden werden müssen, die bei vernünftiger Beurteilung der Dinge nicht mehr als haftungsbegründende Umstände betrachtet werden können, dass mit anderen Worten mit einer wertenden Beurteilung die Grenze gefunden werden muss, bis zu der dem Urheber einer Bedingung eine Haftung für ihre Folgen billigerweise zugemutet werden kann“ (BGHZ 18, 288). Die Aufgabe ist mit der Adäquanzformel nicht zu bewältigen. Das zeigt auch das von Weitnauer (FS Oftinger S. 339) berichtete Beispiel eines Uranunfalls in einem nordamerikanischen Laboratorium: Die Uranbehälter waren von solcher Größe und so angeordnet, dass das zufällige Zustandekommen einer Kettenreaktion als ausgeschlossen angesehen wurde. Infolge von zwölf nacheinander vorgenommenen ungewöhnlichen und unzusammenhängenden Handlungen trat der ganz ungewöhnliche Fall aber dennoch ein: In einem Gefäß wurde eine zur

Kettenreaktion ausreichende Menge der Uranlösung zusammengeschüttet, und es kam zu einem nuklearen Unfall. Auf den Rechtsbereich der BRD übertragen müsste derjenige, der dabei Sicherheitsvorschriften verletzt hat, „nach § 823 BGB haften und könnte sich, nach dem Sinne der Sicherheitsvorschrift, nicht auf Inadäquanz berufen, obwohl der Einzelne von zwölf Verstößen die Wahrscheinlichkeit, dass eine Kettenreaktion eintrat, nur in ganz geringfügiger, unerheblicher Weise erhöhte“ (Huber FS Wahl S. 320).

*ii. Nichthaftung für adäquat verursachte Schäden*

In der vorläufig letzten der Grünstreifenentscheidungen (BGHZ 58, 162; dazu Lange JuS 1973, 280; MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnrn. 153 f.) wollten ungeduldige Verkehrsteilnehmer die Freigabe der durch einen Unfall blockierten Straße nicht abwarten und bahnten sich einen Weg über angrenzende, dem Verkehr nicht offen stehende Flächen. Deren Eigentümer verlangte Ersatz für die entstandenen Schäden vom Unfallurheber. Der BGH (anders als die Vorinstanz OLG Bremen VersR 1970, 424) den Anspruch versagt, obwohl er einräumen musste, dass die Reaktionen der an der Weiterfahrt auf der Straße gehinderten Verkehrsteilnehmer durchaus nicht ungewöhnlich und somit die Schäden am Randstreifen noch adäquate Folgen des vorangegangenen Unfalls waren (S. 164). „Der Fahrer und der Halter des LKW waren verantwortlich für den Zusammenstoß und seine Folgen für andere Verkehrsteilnehmer, die etwa in den Unfall verwickelt worden waren, sowie für alle durch den Zusammenstoß in Mitleidenschaft gezogenen Sachen. Für die Beschädigung des Rad- und Gehweges sind aber bei dem hier gegebenen Schadensverlauf allein die Kraftfahrer, die über ihn gefahren waren, verantwortlich. Die für den Fahrer des LKW geltenden Gebote und Verbote schützten nur insoweit auch die Interessen derer, die mit ihrem Eigentum dem Verkehrsraum nahe waren, als der Fahrer nicht mit seinem LKW auf den Bürgersteig geraten und nicht Anlass dafür geben durfte, dass andere Fahrzeuge, um nicht mit ihm zusammenzustößen, auf das Gelände neben der Straße ausweichen mussten. In seinen Pflichtenkreis fällt aber nicht mehr das, was sich, nachdem das Unfallgeschehen beendet war, dadurch ereignete, dass die nachfolgenden, schon zum Halten gelangten Kraftfahrer über den Rad- und Gehweg fuhren, um schneller vorwärts zu kommen. Diese daran zu hindern, war der LKW-Fahrer weder tatsächlich in der Lage noch rechtlich verpflichtet“ (BGHZ 58, 162 ff., 168).

*b. Die Schutzbereichslehre*

Die Theorien der adäquaten Kausalität bieten weder ein positives Zurechnungskriterium, weil adäquate Verletzungsfolgen aus der Ersatzpflicht

herausgenommen werden, noch ein negatives Ausgrenzungskriterium, weil auch nicht adäquate Verletzungsfolgen in die Ersatzpflicht einbezogen sein können. Sie sollten daher aufgegeben und durch jene Lehre ersetzt werden, die den Ausschluss adäquater Verletzungsfolgen und die Hereinnahme inadäquater Verletzungsfolgen regiert: die Lehre vom Schutzbereich der jeweils in Rede stehenden Norm (im Ergebnis ebenso MünchKomm, 3. Aufl./Grunsky vor § 249 Rdnr. 42 ff.; a.A. MünchKomm, 4. Aufl./Oetker, § 249 Rdnr. 114).

*i. Schutzbereich und Folgeschäden*

Während die Schutzbereichslehre für die Frage, ob die vom Schädiger verursachte Rechtsgutsverletzung (Erstverletzung) nach Gegenstand und Art eine Ersatzberechtigung für gerade diesen Träger des Rechtsguts auslöst, allgemein anerkannt ist, wird ihr die Relevanz für die Differenzierung der auf der Rechtsgutsverletzung beruhenden Folgeschäden (Folgeverletzungen) in zu ersetzende und nicht zu ersetzende häufig bestritten (Keuk S. 224 ff.; Schickedanz NJW 1971, 916; differenzierend Larenz SchuldR AT § 27 III 2). Auch die oben gegen die Adäquanzttheorien angeführten Beispiele beziehen sich in der Regel auf die Zurechnung von Erstverletzungen, so dass sie für die Zurechnung von Folgeschäden unmittelbar nichts hergeben. Es könnte ja durchaus sein, dass man die Frage, ob etwa Verhaltensgebote im Straßenverkehr, die unzweifelhaft zum Schutz der körperlichen Integrität aufgestellt sind, auch den Zweck haben, die Verkehrsteilnehmer vor ärztlichen Kunstfehlern zu schützen, als nicht legitim abweisen müsste, weil sie das auf Totalrestitution lautende Gesetzesprogramm verfehlt. Dem Unfallopfer sollen - darüber besteht im Ergebnis Einigkeit - auch die Schäden ersetzt werden, die ihm auf Grund unsachgemäßer ärztlicher Behandlung entstanden sind (BGH NJW 1961, 2203). Ebenso einhellig wird seinen Angehörigen im gleichermaßen unpraktischen wie illustrativen Lehrbuchbeispiel der Ersatzanspruch versagt, wenn wegen des unfallbedingten Krankenhausaufenthaltes der geplante Flug verschoben wird und der Ersatzflug fatal endet. Nach welchen Kriterien, wenn nicht nach der Adäquanztformel, soll aber hier differenziert werden?

Für die geschilderten Fallkonstellationen ist den Gegnern der Schutzbereichslehre zuzugeben, dass der unmittelbare Durchgriff auf die von einer Norm geschützten Interessen die Aufgabe verfehlen kann, im Bereich der Folgeschäden zu einer angemessenen Risikoverteilung zwischen Verletzer und Verletztem zu kommen. Zur Bewältigung der Aufgabe bedarf es der Entwicklung argumentativer Zwischenschritte, die einen Weg bahnen vom Schutzbereich der Norm über die ersatzpflichtig machende Rechtsgutsverletzung zur konkret in Rede stehenden Schadensfolge. Auf spezifische Rechtsgüter bezogene Haftungsnormen haben den

Zweck, den Inhabern der geschützten Rechtsgüter die Schäden abzunehmen, die ihnen durch Verletzung eben dieser Rechtsgüter entstehen, mag diese Verletzung auf der Verwirklichung einer verbotenen (Unrechtshaftung) oder erlaubten Gefährdung (Gefährdungshaftung) beruhen. Der Schutzzweck erfaßt nicht nur die unmittelbar am Rechtsgut selbst auftretenden Schäden, sondern auch die Folgeschäden, die sich erst aufgrund weiterer, zur Rechtsgutsverletzung hinzutretender Umstände entwickeln. Zum Schutzbereich der verwirklichten Haftungsnorm rechnet also grundsätzlich das volle Schadensrisiko, welches mit der in den Schutzbereich fallenden Rechtsgutsverletzung verbunden ist. Ausgenommen (und beim Geschädigten belassen) werden nur solche Schäden, mit denen sich (als Folge der Rechtsgutsverletzung!) ein Risiko verwirklicht, das zu den allgemeinen Lebensrisiken des Verletzten zählt.

Der Gedanke einer Differenzierung nach allgemeinen Lebensrisiken und spezifischen der Rechtsgutsverletzung zuzuschreibenden Schadensrisiken ist von der Eigenart der verwirklichten Haftungsnorm unabhängig und dennoch Teil der Schutzbereichslehre, weil jede Haftungsnorm Schadensrisiken nur insoweit abnimmt, als es sich „um eine Verwirklichung der besonderen Gefahr handelt, in die der Geschädigte durch die Verletzung seines Rechtsguts versetzt worden ist. Wenn dagegen zufällig im Zusammenhang mit dem Unfall eines der allgemeinen Lebensrisiken sich verwirklicht, denen der Verletzte so und so ausgesetzt ist, dann ist der Schädiger nicht mehr ausgleichspflichtig. Eine Ausgleichspflicht auch für solche Schäden wäre mit dem Zweck der die Schadensersatzpflicht begründenden Norm nicht mehr vereinbar, der eben darin besteht, dass dem Geschädigten die besonderen Risiken vom Schädiger abgenommen werden sollen, die ihm durch den Eingriff in sein Rechtsgut auferlegt sind“ (Huber JZ 1969, 681).

#### *ii. Allgemeines Lebensrisiko und spezifisches Schadensrisiko - Fallgruppen*

Die Forderung, allgemeine Lebensrisiken von den abnehmbaren spezifischen Schadensrisiken zu trennen, ist leichter gestellt als erfüllt. Im Anschluss an vorliegende Systematisierungsversuche (Huber FS Wahl S. 322 ff.; Kramer JZ 1976, 338 ff., 343 ff.; Lüer Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen, 1969, S. 137 ff.) lassen sich Fallgruppen bilden, ohne eine schon abgeschlossene theoretische wie praktische Problembewältigung vorzutäuschen (zum Problemkreis auch Mädrich Das allgemeine Lebensrisiko, 1980).

1) Die Teilnahme am allgemeinen Verkehr auf der Straße, der Schiene, zu Wasser und in der Luft birgt Risiken in sich, denen sich jedermann aussetzt und aussetzen muss. Realisiert sich das Risiko, so kann es nicht auf den abgewälzt werden, dessen

Verhalten zwar Ursache für die konkrete Teilnahme am allgemeinen Verkehr war, aber doch keine spezifische Risikoerhöhung bewirkte. Deshalb haftet man nicht für Schäden, die der Verletzte dadurch erleidet, dass ihm bei dem späteren Flug ein Unglück zustößt, er auf dem Transport ins Krankenhaus oder bei der Taxifahrt vom Krankenhaus nach Hause in einen weiteren Unfall verwickelt wird, obwohl Flug, Transport und Taxifahrt ohne den Erstunfall so nicht stattgefunden hätten. Der Erstunfall hat aber nicht zur Erhöhung des allgemein mit der Teilnahme am Verkehr verbundenen Risikos, einen Unfall zu erleiden, geführt. Diese Sicht der Dinge ändert sich, wenn der weitere Unfall auf die besondere Gefährlichkeit des durch den ersten Unfall induzierten Nottransports zurückzuführen ist. Im Grenzbereich zwischen allgemeinem Lebensrisiko und infolge der Erstverletzung gesteigerten Risiko liegt der vom BGH (NJW 1952, 1010) unter Adäquanzerwägungen entschiedene Krückenfall: Der Geschädigte hatte durch Verschulden eines anderen ein Bein verloren und trug seitdem eine Krücke. Bei Kriegsende geriet er als Zivilist mit seiner Familie unter Artilleriebeschuß. Während sich die übrigen Familienmitglieder durch Davonlaufen retten konnten, wurde der Beinamputierte von einem Granatsplitter tödlich getroffen. Der BGH sah dies als inadäquate Folge des Unfalls an; andere sprechen - wohl mit Recht - von der Verwirklichung eines spezifischen durch den Unfall gesteigerten Risikos (Kramer JZ 1976, 344).

2) Unfallbedingter Krankenhausaufenthalt und Krankenbehandlung bergen Gefahren in sich, die der Unfallverantwortliche dem Unfallopfer abnehmen muss. Jedoch ist auch hier darauf zu achten, dass die Haftung nur bei spezifischer Gefahrerhöhung eintritt. Sie liegt vor, wenn der Verletzte sich infiziert (RGZ 105, 264) oder fehlbehandelt (RGZ 102, 230) wird. Sie ist dagegen zu verneinen, wenn der Verletzte von seinem Zimmernachbarn verprügelt wird (Beispiel nach Huber FS Wahl S. 324) oder Schäden durch ärztliche Eingriffe erleidet, die gar nicht auf die Beseitigung und Behandlung der Unfallverletzungen zielen: Wegen der Unfallverletzung muss die Bauchhöhle geöffnet werden. Dabei wird ein unfallunabhängiges „Meckelsches Divertikel“ entdeckt, dessen - medizinisch indizierte - Entfernung zum Tode des Unfallopfers führt (BGH 25, 86). Oder der behandelnde Arzt empfiehlt dem Patienten, sich für die Zukunft gegen Tetanus impfen zu lassen. Die Impfung, die zur Behandlung der Unfallverletzung nicht gefordert ist, löst eine schließlich fatale Allergie aus (BGH NJW 1963, 1971).

3) Eine weitere Fallgruppe lässt sich dadurch kennzeichnen, dass durch das haftungsbegründende Ereignis eine dem Verletzten schädliche Folge ausgelöst wird, die der Verletzer aber auch ohne das haftungsbegründende Ereignis hätte auslösen dürfen. Solche Folgen braucht der Verletzer dem Verletzten nicht abzunehmen: Ein Autofahrer hat eine geringe Menge Alkohol getrunken. Er wird



schuldlos in einen Unfall verwickelt, bei dem er verletzt wird. Der Röhrentest fällt positiv aus. Sein Führerschein wird einbehalten, bis das gerichtsmedizinische Institut die Blutprobe ausgewertet hat und sich seine Unschuld herausstellt (Beispiel nach Huber FS Wahl S. 322). Der infolge des zeitweiligen Führerscheinverlustes eingetretene Vermögensschaden kann nicht beim Unfallverantwortlichen liquidiert werden. Denn er hätte auch ohne den Unfall auf den Alkoholgenuss mit den entsprechenden Folgen aufmerksam machen dürfen. Diese Erwägung trägt auch die grundlegende Entscheidung des BGH zur Schutzbereichslehre (JZ 1969, 702): Einem Schrankenwärter der Bundesbahn war die Vorfahrt genommen worden. Dies führte zu einem Verkehrsunfall, bei dem der Bundesbahnbedienstete eine Kopfverletzung erlitt. Die Behandlung seiner Kopfverletzung ergab, dass er - unfallunabhängig - an Hirnklrose litt. Der Dienstherr pensionierte ihn daraufhin vorzeitig. Der Verletzer kann nicht auf Ausgleich der Mindereinnahmen in Anspruch genommen werden, weil die Entdeckung von Krankheiten ein allgemeines Lebensrisiko ist, das der Verletzer hier sogar vorsätzlich hätte realisieren dürfen.

4) Es gibt keinen allgemeinen Grundsatz, nach dem ein Schädiger dadurch entlastet wird, dass ein Dritter (und sei es auch vorsätzlich und rechtswidrig) zum Nachteil des Geschädigten in den Kausalverlauf eingreift und ohne Vorliegen der Rechtsgutsverletzung nicht eingegriffen hätte (BGHZ 72, 355 ff., 360). Den Vermögensverlust, den der bewusstlos Geschlagene dadurch erleidet, dass er im Zustand der Bewusstlosigkeit von einem Dritten bestohlen wird, hat der Schläger als zurechenbare Folge der Körperverletzung auszugleichen, weil dieser Schaden auf einer spezifischen vom Schutzbereich der Norm erfassten Gefahrerhöhung beruht.

5) Schwierigkeiten bereiten die Schadensentwicklungen, die zwar durch eine Rechtsgutsverletzung ausgelöst, in ihrem Ausmaß allerdings Folge einer besonderen Veranlagung oder Krankheit des Opfers sind. Soll der Verletzer hier nur für den normalen Schaden haften, weil das besondere Ausmaß eine Realisierung des allgemeinen Lebensrisikos des besonders Veranlagten ist? Die Rechtsprechung hat dies seit jeher verneint und den Verletzer für alle Folgen haften lassen, denn er habe „kein Recht darauf, so gestellt zu werden, als ob er einen völlig gesunden Menschen verletzt habe“ (RGZ 169, 117, 120). Dies gilt auch für die je verschiedene Vermögensorganisation, die der Verletzer antrifft. Das wohl situierte und gut beschäftigte Unfallopfer belastet ihn mit einem höheren Schadensersatzanspruch wegen entgangenen Gewinns als der in seiner Arbeitsfähigkeit betroffene ungelernete Gelegenheitsarbeiter. Wer einen gewerblich genutzten LKW beschädigt, muss auch für die schädlichen Folgen einstehen, die der besonderen finanziellen Situation des Geschädigten entspringen, der die

Reparaturkosten nicht zahlen kann, keinen Kredit bekommt, den LKW deshalb beim Reparaturunternehmer belassen muss und so schließlich zur Aufgabe seines Unternehmens gezwungen ist (BGH VersR 1963, 1161).

Was für die individuell geprägten Vermögenslagen recht ist, sollte für unterschiedliche physische und psychische Dispositionen billig sein. Lange (JZ 1976, 207) sieht Schwierigkeiten für die Durchführung dieser Regel, wenn es dem Opfer an einem Minimum an physischer oder psychischer Widerstandskraft gebricht: Ein harmloser Hund bellt eine nervenschwache Frau an. Diese stürzt und verletzt sich schwer (RG JW 1908, 41). Ein normales Fluggeräusch führt dazu, dass Muttertiere von Silberfüchsen verwerfen oder ihre Welpen auffressen (RG 159, 34). Ein Verkäufer tritt seinem Kunden, der an schweren arteriellen Störungen leidet, auf den Fuß. Das macht eine Beinamputation am Oberschenkel erforderlich (OLG Karlsruhe VersR 1966, 741). Keiner dieser Fälle betrifft die im Rahmen der Haftungsausfüllung zu beantwortende Frage nach der Zurechnung von Folgeschäden. Die ersten beiden werfen das Problem der Zurechnung der Erstverletzung zu der Gefahr auf, um derentwillen die Haftung des Tierhalters bzw. der Luftgesellschaft begründet worden ist. Es spricht vieles dafür, schon die Haftungsbegründung zu verneinen, weil die Rechtsgutsverletzungen nicht auf dem spezifischen haftungsbewehrten Gefährdungspotential beruhen. Auch der dritte Fall hat seinen eigentlichen Problemschwerpunkt im Rahmen der Haftungsbegründung. Es geht darum, ob die Erstverletzung sorgfaltswidrig war. Im allgemeinen Gedränge muss man es hinnehmen, dass ein anderer einem auf den Fuß tritt. Sollte die Sorgfaltswidrigkeit zu bejahen sein, ist auch der Schaden zu ersetzen, der auf einer ungewöhnlichen Disposition des Verletzten beruht. Für eine Grenzziehung nach dem Minimum an physischer oder psychischer Widerstandskraft besteht bei der Haftungsausfüllung kein Anlass.

*iii. Schadensersatzverpflichtung ohne Rechtsgutsverletzung (Erfüllungs- und Vertrauensinteresse)*

Die am Normzweck ausgerichtete Schutzbereichslehre entscheidet nicht nur darüber, ob die beim Anspruchssteller eingetretene vom Anspruchsgegner verursachte Rechtsgutsverletzung nach Gegenstand und Art eine Haftung des Anspruchsgegners begründet. Sie reicht auch in den Bereich der Haftungsausfüllung hinein, wo mit normativen Erwägungen solche Schäden aus der Haftung ausgenommen werden, in denen sich trotz der kausalen Verknüpfung mit der Rechtsgutsverletzung dennoch nur ein allgemeines Lebensrisiko verwirklicht. Die Zurechnung der Folgeschäden zur Rechtsgutsverletzung unterscheidet sich allenfalls dadurch von der Zurechnung der Rechtsgutsverletzung zur Haftungsnorm, dass diese auf Normspezifika ausgerichtet ist und deshalb je

nach Norm unterschiedlich ausfallen kann, während jene für alle Haftungsnormen einheitlich gilt. Aber auch dieser Unterschied entfällt, wenn die Schadensersatzverpflichtung nicht an eine Rechtsgutsverletzung geknüpft ist. Dann nämlich scheiden spezifische Normzweckerwägungen erst und unmittelbar im Schadensbereich zwischen ersatzfähigen und nicht ersatzfähigen Schäden. Praktisch relevant wird dies insbesondere bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen. Sie können das positive Interesse des Gläubigers an der Erfüllung schützen und rechtfertigen dann das Verlangen, vermögensmäßig so gestellt zu werden, wie der Gläubiger stünde, wenn der Schuldner erfüllt hätte. Sie können aber auch das negative Interesse schützen und dem Gläubiger als Schadensersatz nur das gewähren, was ihm im Vertrauen auf die Gültigkeit etwa einer Willenserklärung verloren gegangen ist. Sie können schließlich das Integritäts-(Erhaltens-)interesse schützen und gewähren dann Ausgleich für die Einbußen, die der Gläubiger an seinen Rechts- und Vermögensgütern erlitten hat. Wichtig ist, dass der Bestandteil eines bestimmten Interesses nur verfolgt werden kann, wenn der entsprechende Haftungstatbestand verwirklicht ist (vgl. Keuk S. 163). Welches Interesse geschützt wird, muss im Zusammenhang mit der jeweiligen Haftungsnorm geklärt werden (vgl. H. B. Rengier Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse, 1977).

### *c. Das Fehlen der Kausalverknüpfung*

Der umfassende Geltungsanspruch der Normzweck- und Schutzbereichslehre sollte nicht dazu verführen, sie auch dort heranzuziehen, wo simple Kausalitätserwägungen ausreichen, um einen geltend gemachten Schaden aus der Ersatzpflicht auszuscheiden. Im „leading case“ zur Schutzbereichslehre (BGHZ 27, 137) begehrt der bei einem Verkehrsunfall verletzte Motorradfahrer nicht deshalb vergeblich den Ersatz der Strafverteidigungskosten, weil diese außerhalb des Schutzbereichs der in § 823 Abs. 1 geschützten Rechtsgüter Gesundheit und Eigentum liegen (so der BGH), sondern weil sie gar nicht durch die entsprechenden Rechtsgutsverletzungen verursacht sind (so Eike Schmidt, Grundlagen des Haftungs- und Schadensrechts, Vahlens Rechtsbücher, Reihe Zivilrecht, Band 1, 1974, § 10 II; differenzierend Schulin S. 127 ff.). Die Rechtsgutsverletzungen lassen sich hinwegdenken, ohne dass der Strafprozess und die durch ihn entstandenen Kosten entfallen. Ein Beispiel für das korrekte Ausscheiden eines Schadens mit Hilfe von Kausalitätserwägungen findet sich in BGHZ 66, 398. Hier fuhr der Kläger bei Schneeglätte mit seinem PKW auf einen anderen PKW auf. Sein Haftpflichtversicherer ersetzte den Schaden an dem anderen PKW. Mit der Behauptung, die beklagte Stadtgemeinde habe die Unfallstelle nicht gestreut, verlangte der Kläger Schadensersatz dafür, dass er von

seiner Haftpflichtversicherung in eine ungünstigere Beitragsklasse zurückgestuft wurde und dadurch einen Schadenfreiheitsrabatt verlor - vergeblich, denn dieser Verlust beruht nicht auf der vom BGH für die Haftungs begründung verlangten Eigentumsverletzung.

## **5. Alternative (hypothetische) Kausalverläufe**

### *a. Die Unausweichlichkeit hypothetischer Erwägungen*

Hypothetische Erwägungen sind in jeder Schadensermittlung angelegt, die zwei Zustände miteinander vergleicht und die festgestellten Unterschiede auf ein haftbar machendes Ereignis zurückführt. Selbst wer (wie Keuk S. 17) die Schadensermittlung nach der Differenzhypothese ablehnt und beim Vermögensabfluss (damnum emergens) lediglich die realen Zustände vor und nach dem Ersatzereignis vergleichen will, muss spätestens dann hypothetische Erwägungen anstellen, wenn er die reale Zustandsverschlechterung dem haftbar machenden Ereignis zurechnet. Der Schaden in der Erscheinungsform des nicht realisierten Gewinns kann ohnehin nur hypothetisch ermittelt werden (so auch Keuk a.a.O.) Vollends auf hypothetische Erwägungen verwiesen ist, wer - wie hier vorgeschlagen - in einem bestimmten Zeitpunkt nach dem Haftpflichtereignis den realen Vermögensstand des Berechtigten mit dem Vermögensstand vergleicht, „der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“ (§ 249). Diese Regelung scheint die Berücksichtigung alternativer, hypothetischer Kausalverläufe zu gebieten. Dabei sind alternative, hypothetische Kausalverläufe dadurch gekennzeichnet, dass sie denselben Vermögensabfluss bewirkt bzw. denselben Vermögenszufluss verhindert hätten wie das Haftpflichtereignis, das ihnen „zuvorgekommen“ ist.

### *b. Die Rechtsprechung zur hypothetischen Kausalität*

Die Rechtsprechung lehnt die uneingeschränkte Berücksichtigung alternativer Kausalverläufe ab. Schon das RG entschied, dass ein einmal eingetretener Schaden durch ein späteres Ereignis nicht mehr berührt werde, auch wenn dieses Ereignis zu demselben Schaden geführt hätte (RGZ 141, 365; 144, 80; 164, 177). Eine Ausnahme machte es lediglich, wenn im Falle der Erwerbsbeeinträchtigung ersatzweise eine Rente zu leisten war. Hier sollte das zweite, durch das erste nicht bedingte Ereignis, das ebenfalls zu einer Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit geführt hätte, die Rentenzahlungspflicht aus dem ersten Ereignis beenden. Der BGH hat Richtlinien entwickelt, die zu ähnlichen Ergebnissen führen (BGHZ 29, 207). Bei Ersatzansprüchen für die Zerstörung einer Sache hält er Umstände, die

später denselben Erfolg herbeigeführt hätten, für „unerheblich, weil mit dem Eingriff sogleich der Anspruch auf Schadensersatz entstanden war und das Gesetz den späteren Ereignissen keine schuldtilgende Kraft beigelegt hat“ (215). Dagegen seien spätere Ereignisse und ihre hypothetische Einwirkung auf den Ablauf der Dinge von Bedeutung für die Berechnung entgangenen Gewinns, die Ermittlung des Schadens aus fortwirkenden Erwerbsminderungen oder dem Ausfall ähnlicher langdauernder Vorteile. Schließlich möchte der BGH solche Umstände berücksichtigt wissen, „die bereits bei dem Eingriff vorlagen und notwendig binnen kurzem denselben Schaden verursacht hätten, weil derartige Umstände den Wert der Sache bereits im Augenblick des Eingriffs gemindert“ hätten (Anlagefälle).

### *c. Der gegliederte Schadensbegriff*

In der Literatur votieren nur wenige für die uneingeschränkte Berücksichtigung alternativer, hypothetischer Kausalverläufe (v. Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, 1962; Lemhöfer JuS 66, 337; Lange § 4; MünchKomm, 3. Aufl./Grunsky vor § 249 Rdnr. 78 ff., 83 sowie 4. Aufl./Oetker, § 249 Rdnr. 207; Eike Schmidt § 10 IV 3). Die überwiegende Meinung folgt mit je abweichenden Begründungen dem BGH und belebt im Ergebnis den gegliederten Schadensbegriff des Gemeinen Rechts. Unter Berufung auf den Rechtsverfolgungsgedanken wird der (unmittelbare) Objektschaden gegen hypothetische Kausalverläufe immunisiert, während man bei (mittelbaren) Vermögensfolgeschäden - das sind insbesondere die nicht realisierten Gewinne - alternative Kausalverläufe schadensmindernd berücksichtigt (vgl. insb. Larenz SchuldR AT § 30 I; Palandt/Heinrichs Einf. v. § 249 Rz. 96 ff.; Keuk S. 89 ff.). Eine Sonderstellung nimmt Esser ein, der lediglich die Restitutions-, nicht aber die Kompensationsansprüche gegen die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen sichern will (SchuldR AT 4. Aufl. § 46 III 1, aufgegeben in der von Eike Schmidt besorgten 5. Auflage § 33 IV 1. 1.)

Sämtliche Differenzierungen, die Rechtsprechung und Literatur zur Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe vorschlagen, finden keinen Rückhalt im Gesetz. Es mag dahinstehen, ob das Gesetz die uneingeschränkte Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen anordnet (so Lemhöfer JuS 66, 337). Jedenfalls steht deren Nichtberücksichtigung im Widerspruch zur Ausgleichsfunktion des Schadensrechts und muss deshalb abgelehnt werden. Die Bestrafung pflichtwidrigen Verhaltens ist nicht Aufgabe des zivilistischen Schadensrechts, mögen auch die Gerichte bisweilen andere Tendenzen erkennen lassen. Soweit etwa pflichtgemäßes Alternativverhalten (relevant allein bei Unrechtshaftungen) zu demselben Schaden geführt hätte, verpflichtet das

pflichtwidrige Verhalten nicht zum Schadensersatz (ebenso MünchKomm-Grunsky vor § 249 Rz. 90). Wo dennoch Schadensersatz gewährt wird - wie in BAG 6, 325 wegen des 1956 einige Tage vor Ablauf der Friedenspflicht ausgerufenen Streiks in der Metallindustrie Schleswig-Holsteins - findet nicht Ausgleich, sondern (unzulässige) Bestrafung statt.

*d. Echte hypothetische Kausalität und doppelte (reale) Kausalität*

Einen neuen Akzent (mit zum Teil schon von Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung, 1964, S. 65 ff. vorgeschlagenen Rechtsfolgen) hat Schulin in die Diskussion um die Berücksichtigung alternativer Kausalverläufe gebracht (S. 170 ff.). Schulin unterscheidet zwischen echter hypothetischer Kausalität und doppelter (realer) Kausalität. Echte hypothetische Kausalität nimmt er an, wenn eine weitere Kausalkette nur deshalb die Zustandsveränderung nicht herbeigeführt hat, weil diese schon auf Grund einer anderen Kausalkette eingetreten war. Die echte hypothetische Kausalität entlastet den aus der anderen Kausalkette an sich Haftpflichtigen, soweit die weitere Kausalkette nicht einen Ersatzanspruch gegen einen Dritten ausgelöst hätte. Dies entspricht der Schadensermittlung nach der Differenzhypothese. Von doppelter Kausalität spricht Schulin, wenn zwei voneinander unabhängige Kausalketten gleichzeitig hinreichende Bedingungen für den Eintritt einer nachteiligen Zustandsveränderung sind. In solchen Fällen sollen die haftpflichtigen Urheber der unabhängigen Kausalketten als Gesamtschuldner haften (so schon Bydlinski S. 114). Löst dagegen eine der unabhängigen Kausalketten keine Haftpflicht aus, soll der aus der anderen Kausalkette Haftpflichtige nicht frei ausgehen, sondern lediglich vermindert (seinem Anteil entsprechend) haften.

Die abstrakten Unterscheidungen lassen sich an einem Beispiel veranschaulichen, das auch ihre Kritikwürdigkeit deutlich macht: Ein professioneller Fußballspieler verliert durch ein von A zu vertretendes Haftpflichtereignis sein rechtes Bein. A muss dem Profi die entgehenden Einkünfte ersetzen. Hätte nun eine zweite Kausalkette ebenfalls zum Verlust des rechten Beins geführt (echte hypothetische Kausalität), brauchte A nur dann noch weiter zu zahlen, wenn die zweite Kausalkette die (nun nicht eintretende) Ersatzpflicht eines Dritten ausgelöst hätte. Andernfalls wird A frei. Verliert dagegen der Profi aufgrund einer zweiten Kausalkette sein linkes Bein, so sind die unabhängig voneinander eintretenden Beinverluste je für sich hinreichende Bedingungen für das Ausbleiben der lukrativen Profieinkünfte (doppelte Kausalität). Die herrschende Meinung entscheidet hier wie bei hypothetischer Kausalität; anders Schulin (S. 195 ff.): Ist ein Dritter verantwortlich für den Verlust des linken Beins, haftet zwar A weiter für die entgehenden Einkünfte, kann aber den Dritten im Wege des

Gesamtschuldregresses auf dessen Anteil in Anspruch nehmen. Ist niemand für den Verlust des linken Beins verantwortlich, so wird A nicht frei, sondern muss von nun an in Höhe seines Anteils (im Zweifel zur Hälfte) die dem Profi entgehenden Einkünfte ersetzen.

Beide Abweichungen von der herrschenden Meinung sind nicht gerechtfertigt. Die zweite verfehlt den Ausgleichszweck des Schadensrechts, weil sie Ersatzansprüche auch dort gewährt, wo das Schicksal dem Profi die Einkünfte ohnehin genommen hätte. Dieser Vorwurf trifft die erste Abweichung nicht. Sie beruht indessen auf einer nicht begründeten Abkehr von dem das Haftpflicht- und Schadensrecht sonst beherrschenden Grundsatz, die Ersatzpflicht zum Vorteil wie zum Nachteil des Ersatzpflichtigen an die konkrete Lage des Ersatzberechtigten anzuknüpfen. Der für den Verlust des linken Beins Verantwortliche traf halt keinen Fußballprofi, sondern schon einen Beinamputierten an. Den Fußballprofi traf allein A. Er hat auch die Gesamtbelastung über das Eingreifen der zweiten Kausalkette hinaus zu tragen, soweit wegen dieser ein Dritter ersatzpflichtig geworden wäre. Die von Schulin favorisierte Gesamtschuldlösung greift allein dort, wo zwei oder mehrere Kausalketten hinreichende Bedingungen für die haftpflichtauslösende Erstverletzung sind - ein Problem der Haftungsbegründung. Im Bereich der Haftungsausfüllung und Schadensermittlung besteht kein Anlass, für die Behandlung alternativer, hypothetischer und doppelter Kausalität von der konsequenten Durchführung der Differenzhypothese abzugehen.

## **6. Vorteilsausgleichung**

Das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis kann dem Geschädigten auch Vorteile bringen, wenn durch es dem Geschädigten Vermögen zufließt oder ein Vermögensabfluss verhindert wird. Eine konsequent nach der Differenzhypothese durchgeführte Schadensermittlung stellt solche Vorteile ebenso schadensmindernd oder gar schadensaufhebend in Rechnung wie hypothetisch gebliebene Reserveursachen. Diese Konsequenz wird indessen von niemandem durchgehalten, obwohl es in den Motiven zum BGB (II S. 19) als selbstverständlich bezeichnet wird, dass, „wenn aus ein und derselben Maßregel oder einem Komplex von Maßregeln, für welchen dieselbe Person einzustehen hat, schädliche und nützliche Folgen entstanden sind, diese nicht voneinander getrennt werden dürfen, sondern auf das Gesamtergebnis gesehen werden muss“.

### *a. Die Kriterien der Rechtsprechung*

Die Rechtsprechung knüpft die Anrechnung von Vorteilen an mehrere Voraussetzungen (BGH NJW 1978, 536). Zum einen sollen nur adäquat verursachte Vorteile angerechnet werden können (BGHZ 8, 329; 49, 61); zum anderen muss die Anrechnung des Vorteils „dem Zweck des Schadensersatzes entsprechen“ und darf nicht „zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führen“ (BGHZ 54, 269 ff., 272). Keine dieser Voraussetzungen ist jedoch geeignet, das Anrechnungsproblem zu lösen. Die Adäquanz ist ein - zudem noch überholter - Maßstab für die Zurechnung von Nachteilen zum Verantwortungsbereich des Ersatzpflichtigen; die Frage nach der schadensmindernden Berücksichtigung von Vorteilen im Bereich des Geschädigten hat damit nicht das Geringste zu tun (nach der eingehenden Begründung von Cantzler AcP 156 (1956), 29 ff., 45 ff. heute h.M. in der Literatur). Der Schadensersatz hat sodann keinen anderen Zweck als den, dem Betroffenen den Schaden abzunehmen. Dieser Zweck gibt kein Kriterium für differenzierte Lösungen ab, weil entweder die Entscheidung über den Vorteilsausgleich erst den Schaden bestimmt und so das Kriterium in jedem Fall erfüllt ist, oder weil nur die Anrechnung dem Ausgleichszweck des Schadensrechts Rechnung trägt, während der versagte Vorteilsausgleich immer zu einer Bereicherung des Geschädigten führt. Der Verweis auf eine unbillige Entlastung des Schädigers birgt schließlich die Gefahr, „dem Sanktionsgedanken dort Raum zu geben, wo der Ausgleichsgedanke eine Belastung des Haftpflichtigen nicht mehr trägt“ (Eike Schmidt § 10 V 2). Wenn überhaupt Vorteile nicht angerechnet werden sollen, verspricht allein eine Analyse der je in Rede stehenden Vorteile Kriterien für eine begründete Nichtanrechnung. Zuvor bedarf es jedoch noch einer Verständigung darüber, wann sich die Frage nach dem Vorteilsausgleich überhaupt stellt.

### *b. Vorteilsausgleich und Regresskonstruktionen*

Man sollte sich daran gewöhnen, die Frage nach dem Vorteilsausgleich nur dort zu stellen, wo der durch das Haftpflichtereignis bedingte Vorteil dem Geschädigten ohne eine Anrechnung zugunsten des Schädigers endgültig verbleiben würde. Damit fallen alle die Fälle aus dem Problembereich des Vorteilsausgleichs heraus, in denen Dritte den Schaden beim Geschädigten ausgleichen und dafür über unterschiedliche Regresskonstruktionen den Anspruch gegen den Schädiger zugewiesen bekommen (ähnlich Lange § 9 III 4). Die Frage nach dem Vorteilsausgleich würde sich erst dann stellen, wenn die legalen und dogmatischen Regresskonstruktionen aufgegeben würden. Das ist indessen - trotz der rechtspolitischen Fragwürdigkeit der Regressanweisungen - unerfülltes politisches Programm. Die verbleibenden Fälle sind dadurch gekennzeichnet, dass der



Geschädigte mit dem Haftpflichtereignis besser gestellt wäre als ohne das Haftpflichtereignis, wenn die Anrechnung des Vorteils versagt würde. Für sie bietet sich eine weitere Differenzierung nach selbständigen und unselbständigen Vorteilen an.

*c. Unselbständige und selbständige Vorteil*

Die unselbständigen Vorteile fließen dem Geschädigten durch die Schadensbehebung zu: Der Geschädigte spart Lebenshaltungskosten während des vom Schädiger bezahlten Krankenhaus- oder Kuraufenthalts (KG VersR 1969, 190); für die Dauer der Mietwagennutzung entfallen Pflege- und Erhaltungskosten auf das eigene Fahrzeug (BGH NJW 1963, 1399); in die beschädigte Sache werden neue Teile eingefügt, die die Lebensdauer verlängern und so den Wert steigern (KG NJW 1971, 142); der Geschädigte erhält ein längerfristiges Nutzungspotenzial, weil die beschädigte Sache nicht repariert, sondern zur Herstellung eine neue Sache geliefert wird. In allen diesen Fällen müssen die Vorteile, die der Geschädigte erlangt, ausgeglichen werden. Der Ausgleich mindert den Anspruch indessen nicht von vornherein. Im Interesse eines effektiven Rechtsgüterschutzes ist die Restitution beim Geschädigten vorrangig. Erst wenn sie gesichert ist, kommt der Ausgleich der unselbständigen, restitutionsbedingten Vorteile zum Zuge. Eventuelle Liquiditätsschwierigkeiten des Geschädigten gehen somit zu Lasten des Schädigers und hindern auf keinen Fall die effektive Restitution (ebenso Esser/Schmidt § 33 V 2. 1.; Lange § 6 V 3).

Die Frage nach dem von vornherein anspruchsmindernden Ausgleich stellt sich nur bei den selbständigen Vorteilen, die sich nicht der Schadensbehebung, sondern allein dem Haftpflichtereignis verdanken. Beruht ein selbständiger Vorteil darauf, dass das Haftpflichtereignis die Realisierung eines Vermögensabflusses verhindert hat, so ist dieser Vorteil anzurechnen, wenn nicht der verhinderte Vermögensabfluss anderwärts kompensiert worden wäre. Hier zeigen sich Parallelen zu den Fällen der hypothetischen Kausalität. Weitaus häufiger tritt indessen der selbständige Vorteil nicht als verhindertes (und im Falle der Realisierung kompensationsloser) Vermögensabfluss, sondern als durch das Haftpflichtereignis realisierter Vermögenszufluss auf. Beruht nun der Vermögenszufluss nicht auf der Leistung eines Dritten, sondern stellt er sich quasi von selbst ein, so ist er anzurechnen unabhängig vom „unlösbaren inneren Zusammenhang“, den Thiele (AcP 167 ( 1967), 193, 201) fordert, aber nicht juristisch operationalisieren kann. Entlastend wirken deshalb der durch die Zerstörung eines alten Schreibtisches entdeckte Schatz (Beispiel nach Schulin S. 165), die mit der Zerstörung eines unter Denkmalschutz stehenden Hauses eintretende Wertsteigerung des Grundstücks (Beispiel nach Thiele a.a.O. S. 207),

der Anfall der Erbschaft einschließlich des Stammkapitals, wenn der Begünstigte sonst gar nicht Erbe geworden wäre oder der entgangene Unterhalt schon früher aus dem Stammkapital bestritten wurde, allein die aus dem Stammkapital fließenden Erträge, wenn das Stammkapital später ohnehin geerbt worden wäre (BGHZ 8, 325) und der entgangene Unterhalt aus anderen Mitteln bestritten wurde. Sämtliche Entscheidungen ergeben sich insoweit aus einer sorgfältigen Schadensermittlung nach der Differenzhypothese. Die wenigen Fälle, in denen eine Vernachlässigung der Differenzhypothese angezeigt ist, liegen im einzig noch offenen Bereich jener durch das Haftpflichtereignis bedingten Vorteile, die auf Fremd- und Eigenleistungen beruhen.

#### *i. Freiwillige Leistungen Dritter*

Freiwillige Leistungen Dritter geben in aller Regel keinen Anlass zur Vorteilsausgleichung. Dies gründet in der Zweckbestimmung, die der Dritte seiner Leistung an den Geschädigten gibt. Will er für den Schädiger eintreten, so liegt eine nach § 267 zu beurteilende Leistung vor, derentwegen der Dritte den Schädiger nach den Regeln der GoA oder des Bereicherungsrechts in Regress nehmen kann. Die Regresskonstruktion nimmt den Fall aus dem Problembereich der Vorteilsausgleichung heraus. Will der Dritte dagegen nur dem Geschädigten einen Vorteil zuwenden, so soll sich der Geschädigte dieses Vorteils erfreuen und zusätzlich (über den vermögensmäßigen Ausgleich hinaus) beim Schädiger liquidieren dürfen. Nicht anzurechnen sind daher z. B. der Ertrag einer Sammlung für den Geschädigten (RG JW 35, 3369), freiwillige Zuwendungen des Arbeitgebers an Arbeitnehmer (BGHZ 10, 107), freiwillige Unterhaltsleistungen (RGZ 92, 57; BGH VersR 1973, 85).

#### *ii. Erfüllungsleistungen Dritter*

Leistungen Dritter, auf die der Geschädigte einen Anspruch hatte, wirken sich unterschiedlich auf die Schadensersatzverpflichtung des Schädigers aus. Handelt es sich um Unterhaltsleistungen, so bestimmt schon § 843 Abs. 4, dass diese dem Schädiger nicht zugute kommen sollen. Nach richtiger Ansicht stehen Unterhaltspflicht und Schadensersatzpflicht im Gesamtschuldverhältnis zueinander, so dass schon über die Regressanordnung des § 426 diese Fälle aus dem Problembereich der Vorteilsausgleichung herausgenommen sind. Bei Versicherungsleistungen ist auf das zugrunde liegende Versicherungsverhältnis zurückzugreifen. Unfallversicherungen werden nicht schadensmindernd in Rechnung gestellt, um nicht Prämienaufwendungen des Geschädigten für die Unfallversicherung zu Beiträgen für eine Haftpflichtversicherung des Schädigers werden zu lassen (RGZ 146, 287, 289). Der Gedanke greift nicht bei der

Insassenunfallversicherung, für die gerade der Schädiger die Prämien aufgebracht hat. Deren Leistungen an den Geschädigten sind zugunsten des Schädigers anzurechnen (BGHZ 64, 266 unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung). Lebensversicherungen führen nicht zur Kürzung des Schadensersatzanspruchs wegen entgangenen Unterhalts, wenn die Versicherungssumme dem Berechtigten später ohnehin zugefallen wäre. Die wegen der vorzeitigen Auskehrung der Versicherungssumme anfallenden Erträge werden auch dann nicht angerechnet, wenn der Getötete eine Mischversicherung (Spar- und Risikoversicherung) genommen hatte, welche auch beim Erreichen eines bestimmten Alters ausgezahlt worden wäre (BGHZ 73, 109 unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung).

cc) Eigenleistungen des Geschädigten

Nicht nur Dritteleistungen, sondern auch Eigenleistungen können dem Geschädigten zum Vorteil gereichen, sei es, dass der Geschädigte nach dem Haftungsereignis Vorkehrungen trifft, die einen weiteren Vermögensabfluss verhindern, sei es, dass er durch eigenes vom Haftungsereignis ausgelöstes Tun sich Vermögen zuführt. Hält sich die Tätigkeit des Geschädigten im Rahmen der Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2, so muss er sich die so erzielten Vorteile anrechnen lassen (Lange JuS 1978, 653) und kann lediglich die für diese Tätigkeit aufgewendeten Kosten als Schaden liquidieren. Geht die Tätigkeit dagegen über die Schadensminderungspflicht hinaus, so sind die erlangten Vorteile nicht anrechenbar (MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnr. 262). Der Schädiger muss den „hypothetischen Schaden“ ohne Berücksichtigung der vom Geschädigten erzielten Vorteile ersetzen (BGH NJW 1974, 602; BGH 54, 45; BGH 55, 329), braucht in diesem Fall aber nicht für die Kosten der Geschädigtenleistung aufzukommen (Esser/Schmidt § 33 V 3.b).

## 7. Zeitpunkt der Schadensberechnung

Der Zeitpunkt der Schadensberechnung wird insbesondere für diejenigen zum Problem, die die Schadensermittlung nach der Differenzhypothese vornehmen und hypothetische Schadensverläufe ebenso schadensmindernd in Rechnung stellen wie die selbständigen Vorteile, die der Geschädigte aus dem Haftpflichtereignis erlangt. Sie müssen nämlich angeben, wann die Bilanzen zu erstellen sind, deren Saldovergleich den zu ersetzenden Schaden anzeigt, und - darin liegt das eigentliche Problem - was mit den Entwicklungen geschehen soll, die nach dem Bilanzabschluss eintreten oder (als hypothetische) eingetreten wären. In dieser Form stellt sich das Problem nicht, wenn man (wie Keuk S. 29 ff., 89 ff.) den jeweiligen Einzelschaden auf den Entstehungszeitpunkt fixiert, von dem an nur

noch die Erfüllung den einmal entstandenen Schaden tilgen kann. Keuk bezahlt die Einfachheit ihrer Lösung allerdings mit der Aufgabe der schadensrechtlichen Ausgleichsfunktion, indem sie dem Geschädigten gestattet, sich „über Gebühr“ am Schadensfall zu bereichern.

#### *a. Bilanzinterne Bewertung einzelner Positionen*

Das Zeitpunktproblem verdankt sich nicht allein der Entscheidung, hypothetische Kausalverläufe und haftungsbedingte Vorteile schadensmindernd in Rechnung zu stellen. Es tritt auch als bilanzinternes Bewertungsproblem auf, wenn der Wert des individualisierten realen Vermögensabflusses oder verhinderten Vermögenszuflusses schwankt. Drei denkbare Zeitpunkte stehen zur Entscheidung: 1. der des effektiven Vermögensabflusses, resp. des verhinderten Vermögenszuflusses (so Keuk S. 202), 2. der der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Prozess (so die h. M.: Esser-Schmidt § 31 II 1.b) oder 3. der des Schadensausgleichs (so insb. Grunsky S. 63 ff.). Der erste Zeitpunkt scheidet aus, weil es weder Gründe dafür gibt, den Geschädigten bei Wertsteigerungen so zu kompensieren, dass er nicht in der Lage ist, mit dem Kompensationsbetrag das verlorene Gut zu ersetzen, noch Gründe dafür gibt, ihm beim Wertverfall mehr zu geben, als er zur Ersatzbeschaffung braucht - im Gegenteil: Der Ausgleichszweck gebietet eine Berücksichtigung der positiven wie der negativen Wertschwankungen. Das Prozessrecht legt die letzte mündliche Tatsachenverhandlung als maßgeblichen Bewertungszeitpunkt nahe. Dieser Zeitpunkt ist jedoch materiellrechtlich keineswegs zwingend. Er versagt dort, wo es gar nicht zum Prozess kommt, und führt dann zu zweifelhaften Ergebnissen, wenn nach der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung noch vor dem Schadensausgleich erhebliche Wertschwankungen zu verzeichnen sind. Auch hier verlangt der Ausgleichszweck des Schadensersatzes, die Wertveränderungen zu berücksichtigen. Werterhöhungen kann der Schädiger (eventuell mit einer neuen Klage) geltend machen, Wertverfall eröffnet dem Beklagten den Weg zur Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. Ein Ende findet die Sache erst, wenn der Schaden ausgeglichen ist. Der Zeitpunkt der Schadensbegleichung ist deshalb als maßgeblicher Bewertungszeitpunkt materiell gerechtfertigt, weil mit dem Ausgleich die Dispositionsmöglichkeiten des Geschädigten beginnen, die ihm Nachteile wie Vorteile bringen können (MünchKomm, 3. Aufl./Grunsky vor § 249 Rdnr. 124 ff., 126, 129 und 4. Aufl./Oetker, § 249 Rdnr. 302, der allerdings (aaO., Rdnrn. 298 und 305) zu Recht darauf hinweist, dass man den materiellrechtlich maßgeblichen Zeitpunkt vom prozessual maßgeblichen Zeitpunkt unterscheiden muss - prozessual maßgeblich ist natürlich der Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung).

*b. Bilanzabschluss*

Die Bestimmung des für den Bilanzabschluss maßgeblichen Zeitpunkts ist nicht so leicht zu treffen. Hier liegt in der Tat ein ungelöstes Problem der Schadensermittlung nach der Differenzhypothese. Denn der Vermögensvergleich lässt sich theoretisch ad infinitum durchführen, und jeder Abbruch bedeutet einen willkürlichen Eingriff, so notwendig er unter praktischen Gesichtspunkten auch sein mag. Dies gilt nicht nur für den im konkreten Prozess unausweichlichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung, sondern auch für den Zeitpunkt der zunächst ausgleichenden Anspruchsbefriedigung. Denn es können sich immer noch selbständige Verluste wie selbständige Vorteile einstellen, die den zunächst erreichten Ausgleich wieder zerstören, ohne dass dies den Dispositionsmöglichkeiten des Geschädigten zuzuschreiben wäre. Weder rechtskräftige Urteile noch ausgleichende Zahlungen nehmen denn auch dem Geschädigten die Möglichkeit, später entstehende selbständige Schäden ersetzt zu verlangen (MünchKomm/Oetker, § 249 Rdnr. 304). Allein die nach der letzten mündlichen Verhandlung realisierten Vorteile oder die sich erst jetzt zeigenden hypothetischen Kausalverläufe, die vor dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung schadensmindernd in Rechnung gestellt worden wären, bergen ein Problem. Rechtstechnisch könnten diese Entwicklungen nach der Zahlung durch einen Bereicherungsanspruch berücksichtigt werden. Dieser Bereicherungsanspruch ist aber sachlich unangemessen, weil er als Damoklesschwert dem Geschädigten die Disposition über den zum Schadensausgleich gezahlten Betrag unnötig erschwert. Von daher bietet sich folgende Problemlösung an: Nach der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung platzgreifende Entwicklungen, die sich in dieser Verhandlung schadensmindernd ausgewirkt hätten, können nur gegenüber einem noch nicht befriedigten Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden - gegenüber dem ausgeurteilten Anspruch im Wege der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO), gegenüber neuen Ansprüchen aus demselben Haftpflichtereignis im dann vom Geschädigten anzustrengenden Prozess (im Ergebnis ebenso Lemhöfer JuS 66, 337 ff., 343 f.; v. Caemmerer S. 24; MünchKomm, 3. Aufl./Grunsky vor § 249 Rdnr. 86; a.A. Rother, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965, S. 121 Fn. 3).

## **8. Beweisfragen**

Die Beweislastfrage für die tatsächlichen Umstände, die nach den Regeln des Haftungs- und Schadensrechts die Verlagerung des Nachteils vom Geschädigten auf den Schädiger begründen, ist außerordentlich brisant, wenn es um die im engeren Sinne haftungsbegründenden Merkmale des Sorgfaltspflichtverstoßes und

der Kausalitätsverknüpfung mit der Rechtsgutsverletzung geht. Hier trifft man gerade in dem vom BGB am stärksten vernachlässigten Bereich der industriellen Produktion auf „Haftungsverlagerungen durch beweisrechtliche Mittel“ (Stoll AcP 176 (1976), 146 ff.). Im engeren Bereich des die Haftung ausfüllenden Schadensrechts gewinnen Beweislastfragen nur selten praktische Bedeutung. Der Grund liegt in § 287 ZPO, der die Entscheidung über die Entstehung und Höhe eines Schadens dem „freien Ermessen“ des Gerichts überlässt (grundlegend zu § 287 ZPO Arens ZZP 84, 1; Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, S. 37 ff., 214 ff.). Allerdings muss das Gericht in die Lage versetzt werden, seine Schätzungsbefugnisse auch auszuüben, und die zu diesem Zwecke erforderlichen Informationen über die tatsächlichen Verhältnisse und Begebenheiten erhalten. Geschieht dies nicht, so ist auch hinsichtlich der Entstehung und der Höhe eines Schadens zum Nachteil dessen zu entscheiden, der die Beweislast für die fehlenden Umstände trägt. Der geschädigte Kläger hat die Beweislast für den realen Abgang eines Vermögenswerts einschließlich der Umstände, die eine Bewertung in Höhe des beantragten Ersatzes rechtfertigen. Er muss auch den verhinderten Vermögenszufluss, d. h. die Anstalten und Vorkehrungen beweisen, welche nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen den Vermögenszufluss wahrscheinlich machten (§ 252 S. 2). Den beklagten Schädiger trifft dagegen die Beweislast für die schadensmindernden oder -aufhebenden Umstände, die einen anzurechnenden Vorteil bewirkt oder einen hypothetisch gebliebenen Kausalverlauf mit den nämlichen Schadensfolgen in Gang gesetzt haben. Die Schadensbegrenzung nach der Schutzbereichslehre (auch nach der Adäquanztheorie) ist eine beweislastunabhängige Rechtsfrage (vgl. zu dieser Abgrenzung allgemein Rüßmann, in: Hans-Joachim Koch (Hrsg.) Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976, S. 242 ff.).

---

### *III. Anspruchsberechtigung und Drittschaden*

Das haftungsbegründende Ereignis - die Vertragsverletzung, das pflichtwidrige Verhalten, die Realisierung einer Betriebsgefahr - kann bei mehreren Personen zu Schäden führen. Wird etwa die berühmte Isolde durch verkehrswidriges Verhalten des Taxifahrers statt zur einzigen Vorstellung ins Krankenhaus befördert, so erleidet nicht nur sie einen Schaden, sondern auch der noch nicht berühmte Tristan, dem die Chance entgeht, sich an ihrer Seite in Festspielhäuser und Geld zu singen, der Veranstalter, der das Eintrittsgeld zurückzahlen muss und auf seinen Kosten sitzen bleibt, die vielen Wagnerfreunde, die unter Umständen von weither angereist

kamen, die Sicherungsträger, die den einen oder anderen Nachteil nach je eigenen Regeln ausgleichen. Und doch haben nicht alle Personen, denen ein Schaden entstanden ist, auch einen Ersatzanspruch. Die Ersatzberechtigung ist vielmehr auf diejenigen beschränkt, für deren Interessen Haftungstatbestände streiten. Das Tatbestands- und Verletzungsprinzip lässt bei Vertragshaftungen grundsätzlich nur die Vertragspartner am Schadensausgleich teilnehmen. Bei Haftungen aus allgemeinem sozialen Kontakt können in der Regel lediglich die Personen ihren Schaden liquidieren, bei denen die tatbestandlichen Haftungsvoraussetzungen - die Rechtsguts- oder Schutzgesetzverletzung - eingetreten sind. Die anderen - die mittelbar Geschädigten - gehen grundsätzlich leer aus.

Die Rigorosität des Tatbestands- und Verletzungsprinzips kann auf verschiedene Weise gemildert werden. Zum einen ist es denkbar, Regreßwege für diejenigen zu öffnen, auf deren Kosten ein Nachteil beim Anspruchsträger erst gar nicht entsteht oder aber ausgeglichen wird. Sie könnten aus abgeleitetem Recht gegen den haftpflichtigen Schädiger vorgehen und müßten den Schaden aus den Verhältnissen des ursprünglichen Anspruchsträgers berechnen. Zum anderen ist es denkbar, Berechnungs- und Liquidationsmöglichkeiten nach den Verhältnissen des Dritten zu eröffnen. Das kann geschehen, indem man Anspruchsberechtigungen zum Schaden zieht (so in den §§ 844, 845 und bei den Verträgen mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter ) oder indem man dem Anspruchsträger erlaubt, den Schaden eines Dritten geltend zu machen (so in den Fällen der Drittschadensliquidation ). Gesetzgeber, Rechtsprechung und Rechtsdogmatik haben sich aller dieser Möglichkeiten bedient (vgl. Berg JuS 1977, 363 ff.). Die Abgrenzungen sind nicht sonderlich klar. Sie werden zum Teil noch dadurch erschwert, dass infolge einer Begriffsverwechslung der Drittschadensproblematik Fälle zugeordnet werden, die gar nicht die Merkmale dieser Problematik tragen.

Die Drittschadensproblematik ist dadurch gekennzeichnet, dass jemand einen Schaden erleidet, ohne - nach dem Tatbestands- und Verletzungsprinzip - einen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger zu haben, sei es, dass er nicht selbst Vertragspartner des Schädigers ist, sei es, dass er nicht selbst in seinen deliktisch geschützten Rechten verletzt worden ist. An der Drittschadensproblematik nehmen deshalb nicht die Fälle teil, in denen durch ein Ereignis gleichzeitig oder nacheinander mehrere Personen in ihren rechtlich geschützten Gütern verletzt werden. Dies gilt für die sog. Schockschadenfälle, in denen Dritte durch den Anblick oder die Benachrichtigung von der Verletzung oder gar Tötung eines anderen einen Schock erleiden. Die Problematik dieser Fälle liegt einerseits in der Festsetzung dessen, was Gesundheitsverletzung (§ 823 Abs. 1) heißen soll, andererseits in der Schutzbereichsbestimmung des verletzten Sorgfaltsgebots oder der realisierten Betriebsgefahr, nicht aber im möglichen Ersatz von Drittschäden.

Ebenfalls außerhalb der Drittschadensproblematik liegen die Fälle, in denen der Verletzte seinen Schaden mit einer Ersatzverpflichtung begründet, die ihm gegenüber einem Dritten obliegt (koinzidierendes Haftungsinteresse, dazu eingehend v. Marschall S. 284 ff.). Das gilt etwa für den Verkäufer einer fix bestellten, der Gattung nach bestimmten Ware, die auf dem Transport durch zurechenbares Verhalten eines anderen vernichtet wird. Hier haftet der Verkäufer, der nicht mehr rechtzeitig nachliefern kann, seinem Käufer nach §§ 280, 283 BGB auf das positive Vertragsinteresse und kann diesen Schaden seinerseits beim Verletzer geltend machen. Um eine Durchbrechung des Tatbestands- und Verletzungsprinzips handelt es sich dabei deshalb nicht, weil der Verkäufer mit dem koinzidierenden Haftungsinteresse einen Schaden geltend macht, der aufgrund der Verletzung seines tatbestandlich geschützten Rechtsguts bei ihm entstanden ist. Die Drittschadensproblematik kommt erst dann ins Spiel, wenn der Verkäufer wegen einer Haftungsfreizeichnung oder einer gesetzlichen Gefahrentlastung seinerseits keinen Schaden erleidet.

### **1. (Unselbständige) Drittbegünstigung durch Regressanordnung**

Die Fälle der Gefahrentlastung bilden die erste Gruppe, die die herrschende Meinung mit Hilfe der Drittschadensliquidation löst (Palandt/Heinrichs Einf. v. § 249 Rdnr. 117; Larenz SchuldR AT § 27 IV b 1; BGH 40, 91 ff., 100). „Der einem Dritten zur Lieferung einer Sache Verpflichtete wird von seiner Verpflichtung durch den von einem anderen schuldhaft verursachten Untergang der Sache befreit, so etwa, wenn er dem Dritten verpflichtet ist, die verkaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort zu übersenden, und die Sache an den Frachtführer oder die Bahn ausgeliefert hat. Damit ist die Gefahr nach § 447 BGB auf den Dritten übergegangen, der zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet bleibt. Allein geschädigt ist der Dritte. Der Verkäufer soll berechtigt sein, diesen Schaden gegen den Schädiger geltend zu machen (RGZ 62, 331). Das Gleiche trifft für die Vernichtung einer vermachten Sache vor der Übereignung an den Vermächtnisnehmer zu. Der Erbe ist nach § 275 befreit. Er kann den Schaden des Vermächtnisnehmers gegen den Schädiger geltend machen“ (BGH a.a.O.). Dabei muss man allerdings seit der Schuldrechtsreform beachten, dass § 447 BGB im Fall eines Verbrauchsgüterkaufs ausgeschlossen ist (§ 474 Abs. 2 BGB). So wenig streitig das Ergebnis in diesen Fällen der „Schadensverlagerung“ ist - der Schädiger soll keinen Vorteil aus dem Auseinanderfallen von Rechtsposition und Risiko ziehen -, so wenig zwingend ist der Weg über die Drittschadensliquidation. Er ist nur einer von drei Wegen zur Durchbrechung eines als zu eng empfundenen Tatbestands- und Verletzungsprinzips. Seine Wahl müsste darum mit den Folgen



begründet werden können, die gerade diese Konstruktion zur Problemlösung vorzugswürdig erscheinen lassen.

Der Regress von Schadenstragungskollektiven ist beschränkt durch das sog. Angehörigenprivileg. Eine gesetzliche Formulierung hat das Privileg allein in § 67 Abs. 2 VVG gefunden. „Richtet sich der Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers gegen einen mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen, so ist der Übergang ausgeschlossen; der Anspruch geht jedoch über, wenn der Angehörige den Schaden vorsätzlich verursacht hat.“ Die Rechtsprechung hat das Angehörigenprivileg im Wege der Rechtsfortbildung auf den Regress des Sozialversicherungsträgers nach § 116 SGB X (BGH 41, 79), des öffentlichen Dienstherrn nach § 87 a BBG (BGH 43, 72) und des Arbeitgebers nach § 6 EntgeltfortzahlungG (BGH 66, 104; dazu Hirschberg JuS 1977, 439) übertragen, beim Regress des Sozialversicherungsträgers aus § 640 RVO dagegen verweigert (BGH 69, 354).

## **2. Selbständige Drittbegünstigung**

Die selbständigen Drittbegünstigungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie - anders als die Regresskonstruktionen - die Schadensermittlung aus den Verhältnissen des Dritten gestatten. Die Analyse der neben den Regresskonstruktionen noch verbleibenden Fälle von Drittbegünstigungen führt zu dem (überraschenden) Ergebnis, dass es in ihnen regelmäßig um die Ausdehnung von Vertragshaftungen auf nicht am Vertrag beteiligte Dritte geht, nicht aber die Verschiedenheit des Schadensträgers vom Träger des deliktisch geschützten Interesses überbrückt werden soll: In den Obhutsfällen genießt der Dritte deliktischen Eigentumsschutz; den hat der Treugeber in den Treuhandfällen formal zwar nicht, seine Position ist aber über Aussonderungsrechte in der Insolvenz des Treuhänders und Drittwiderspruchsbefugnisse gegenüber Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen so sehr verdinglicht, dass man ihr auch den Deliktsschutz nicht verwehren kann (MünchKomm, 3. Aufl./Grunsky vor § 249 Rdnr. 121 f.; offen gelassen nunmehr in der 4. Aufl. von Oetker, § 249 Rdnr. 294); in den Fällen der mittelbaren Stellvertretung schließlich hat der Dritte entweder schon Eigentum erlangt (Geschäft für wen es angeht, antizipiertes Besitzkonstitut) und danach einen Schaden an deliktisch geschützten Gütern erlitten, oder sein Schaden beruht auf dem auch für den mittelbaren Vertreter und Vertragspartner nicht deliktisch geschützten Leistungsinteresse.

Vertragshaftungen werden erstrebt, weil entweder nur sie das spezifische Interesse überhaupt erfassen oder weil der an sich gegebene deliktische Interessenschutz

defizitär ist, sei es, dass der Geschäftsherr sich für Interessenverletzungen durch seine Gehilfen entschuldigen kann (§ 831 - anders die Zurechnung nach § 278 bei der Vertragshaftung), sei es, dass die deliktischen Ansprüche anders als die vertraglichen schon verjährt sind (BGHZ 66, 51; dazu Hohloch JuS 1977, 302), sei es schließlich, dass die deliktische Haftung einen nicht nachweisbaren Sorgfaltspflichtverstoß voraussetzt, was der vertragliche Schadensersatzanspruch (etwa § 538) gerade nicht tut (BGHZ 49, 350). Macht man sich klar, dass es immer nur darum geht, die günstigen Folgen vertraglicher Schadensersatzansprüche auch denen zugute kommen zu lassen, die nicht eigentlich Vertragspartner sind, dann erscheint die Frage nach Möglichkeiten und Grenzen selbständiger Drittbegünstigungen über das Tatbestands- und Verletzungsprinzip hinaus in einem neuen Licht. Zur Entscheidung steht die aus den Diskussionen um die Verträge mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter bekannte Frage nach dem Personenkreis, der diesen besonderen Schutz verdient. Die Antwort fällt unterschiedlich aus.

Geht es um die Beeinträchtigung deliktisch geschützter Interessen, die nur deshalb keinen Ersatzanspruch gegen den Geschäftsherrn auslöst, weil dieser sich durch den Nachweis sorgfältiger Auswahl und Überwachung zu exkulpieren vermag, sollten unter Überwindung der rechtspolitischen Fehlleistung des § 831 BGB sämtliche Personen geschützt sein, die sich befugtermaßen in dem Bereich aufhalten, in dem sich die sorgfalts- und vertragswidrige Handlung auswirkt. Die von der herrschenden Meinung praktizierte Begrenzung des erweiterten Obligationsschutzes auf Personen, die zum Vertragsgläubiger in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis mit familiärem, sozialem oder arbeitsrechtlichem Fürsorgecharakter stehen (Esser-Schmidt § 34 IV 2.2) ist nur dort angezeigt, wo der Vertragsschutz nicht allein der Überwindung des § 831 dient - bei verschuldensunabhängigen Haftungen und günstigeren Verjährungsregelungen.

Auf welche Konstruktion man zur Erreichung der selbständigen Drittbegünstigung zurückgreift, ist im Ergebnis gleichgültig. Lediglich der Weg ist unterschiedlich. Bei der Drittschadensliquidation macht der Vertragspartner das Interesse des geschützten Dritten geltend, bei den Verträgen mit Drittschutz kann der Dritte (auch ohne Abtretung) selbst gegen den Verantwortlichen vorgehen. Letzteres ist der Einfachheit wegen vorzuziehen. Für die Drittschadensliquidation bleibt deshalb im Bereich des erweiterten Integritätsschutzes kein Raum. Ob sie für den Bereich des Vertragsinteresses bei mittelbarer Stellvertretung erforderlich ist, um die „wirtschaftliche Vertragspartei“ zu schützen (einziger Fall der Drittschadensliquidation nach Hagen S. 252 ff.), mag dahinstehen. Man kann auch hier - nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise - dem Hintermann des mittelbaren Stellvertreters einen unmittelbaren Anspruch geben. Damit lässt sich ungezwungen auch seine eigene Verantwortlichkeit nach Vertragsgrundsätzen bemessen (BGH

NJW 1972, 289) und die Drittschadensliquidation insgesamt aus dem geltenden Recht verabschieden (a. A. Lange § 8 III, der im Gegensatz zur hier entwickelten Auffassung die Drittschadensliquidation für alle herkömmlichen Anwendungsbereiche beibehalten will).

### **3. Gesellschafteranspruch und Gesellschaftsschaden**

Auch die Entwicklung einer neuen Fallgruppe für die Drittschadensliquidation ist entgegen einer in der Literatur verbreiteten Auffassung nicht angezeigt. Die hier angegriffene Auffassung ist als Reaktion auf Entscheidungen des BGH entstanden, die es dem nach vertraglichen oder deliktischen Haftungsgrundsätzen anspruchsberechtigten Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft erlauben, den auf eine Rechtsverletzung zurückführbaren Verlust der Kapitalgesellschaft als eigenen Schaden zu liquidieren (BGHZ 61, 380; dazu Hüffer JuS 1976, 83; BGH NJW 1977, 1283 mit Anm. Hüffer und Anm. F. A. Mann S. 2160). Soweit die (hier besonders unklaren) Entscheidungen es dem Alleingesellschafter gestatten, den liquidierten Gesellschaftsverlust für sich zu behalten, sind sie auf allgemeine Kritik gestoßen. Es wäre in der Tat eine völlig neue Variation zum Thema Anspruchsberechtigung und Drittschaden, wenn der Verletzte zu seinen Gunsten einen Schaden liquidieren dürfte, den ein anderer erlitten hat. Aber auch die von der Kritik gutgeheißene Liquidierung des Schadens zugunsten der geschädigten Gesellschaft ist nicht berechtigt. Der Hinweis auf den insoweit liquidationsberechtigten Einzelkaufmann verfängt nicht. Denn diese risikoreiche Unternehmensform hat der Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft gerade nicht gewählt. Wer aber einerseits die Vorteile einer Vermögenstrennung für sich in Anspruch nimmt, soll andererseits auch die sich aus dieser Trennung ergebenden Nachteile in Kauf nehmen. Niemand käme auf die Idee, den leitenden Angestellten eines Unternehmens die Geschäftsverluste liquidieren zu lassen, die das Unternehmen wegen des verletzungsbedingten Ausfalls des leitenden Angestellten erleidet. Genau das aber soll dem BGH und der Literatur zufolge der Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft, der gleichzeitig Alleingesellschafter ist, dürfen. Die korrekte schadensrechtliche Lösung des Konflikts vermeidet den Privilegienkumul (Haftungsprivileg durch Personen- und Vermögenstrennung und Liquidierungsprivileg durch Aufhebung dieser Trennung) beim Unternehmer: Der geschäftsführende Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft kann wie jeder andere die Nachteile liquidieren, die ihm aus dem verletzungsbedingten Nichteinsatz seiner Arbeitskraft erwachsen. Bekommt er kein oder weniger Gehalt, so ist die Differenz auszugleichen. Wird das Gehalt in voller Höhe weitergezahlt, so greift die bekannte Regresskonstruktion zugunsten der Gesellschaft ein. Der Gesellschafter hat dann allenfalls noch einen Anspruch auf Ausgleich der

Wertminderung seines Gesellschaftsanteils. Diese ist auch bei Alleingesellschaftern nicht identisch mit dem Geschäftsverlust der Gesellschaft (insoweit zutr. Hüffer JuS 1976, 83 ff.. 84 m.w.N.; vgl. zum Ganzen auch Lieb in: FS Fischer 1979, 385 ff.; Schulte NJW 1979, 2230; John JZ 1979, 511).

---

#### *IV. Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs*

##### **1. Der Herstellungsanspruch**

Der Inhalt des Herstellungsanspruchs richtet sich nach den je verschiedenen Wirkungen, die das haftungsauslösende Ereignis auf den - materiellen wie immateriellen - Güterstand des Anspruchsberechtigten ausübt. Er ist nicht auf den Güterstand im Zeitpunkt der Verletzungshandlung bezogen, sondern entwicklungsgerichtet (Lange, § 5 II 1; Oetker in: MünchKomm-BGB, § 249 Rn. 312). Er ändert sich deshalb insoweit, als auch der Zustand, auf dessen Herstellung er sich bezieht, Veränderungen unterworfen wäre. Wer Pflanzen zerstört, muss zur Herstellung solche Pflanzen oder auch Früchte liefern, wie sie sich bis zum Herstellungszeitpunkt beim Gläubiger entwickelt hätten. Andererseits befreien den Schuldner hypothetische, alternative Kausalverläufe von der Herstellungspflicht. Schließlich braucht die Herstellung nicht allein den ursprünglichen Güterstand zu betreffen, sondern kann die Lieferung zuvor gar nicht vorhandener Güter zum Inhalt haben, wenn das haftungsauslösende Ereignis den Zufluss dieser Güter verhindert haben sollte.

##### *a. Bereich materieller Güter*

Im materiellen Bereich bedeutet die Herstellung bei sach- und gegenstandsbezogenen Einbußen die Reparatur der betroffenen oder die Lieferung einer gleichartigen Sache. Lässt sich der Schaden auf mehreren Wegen „in Natur“ ausgleichen, so hat der Geschädigte ein Wahlrecht. Das Wahlrecht wird problematisch, wenn die unterschiedlichen Wege verschieden hohe Kosten verursachen. Es gibt keine Regel, nach der der Geschädigte auf die Herstellungsart mit den geringsten Kosten beschränkt wäre. Allerdings müssen anerkennungswerte Gründe für die Wahl der teureren Herstellungsart sprechen. Sie werden dem Eigentümer des fabrikneuen Fahrzeugs (bis zu 1000 km Fahrleistung, nicht älter als ein Monat) zugebilligt, der statt der Reparatur auf der Lieferung eines Neuwagens (gegen Herausgabe des beschädigten Wagens) bestehen darf, aber auch dem Eigentümer eines meist älteren Gebrauchtwagens, der den ihm

vertrauten Wagen reparieren lassen darf und sich nicht mit dem billigeren, ihm unbekanntem Gebrauchtwagen abspesen lassen muss. Wenn die Reparatur allerdings um mehr als 30% teurer ist als die Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzwagens, muss der Geschädigte von der Reparatur Abstand nehmen (BGH 6. Zivilsenat; 1991-10-15; VI ZR 67/91). Führt er sie dennoch aus, so kann er beim Schädiger lediglich die Kosten des billigeren Herstellungsweges liquidieren (BGH 6. Zivilsenat; 1972-06-20; VI ZR 61/71; dazu Medicus, Die teure Autoreparatur - BGH, NJW 1972, 1800, JuS 1973, 211). Das Risiko, dass sich ein nach den genannten Kriterien zunächst wählbarer Herstellungsweg später als unerwartet teuer erweist, trägt der Schädiger. Dabei darf sich der Geschädigte auf ein eingeholtes Sachverständigengutachten verlassen (OLG Düsseldorf; 1976-06-03; 12 U 214/75).

Entscheidet sich der Geschädigte für einen von mehreren wählbaren Herstellungswegen, so kann er lediglich die Kosten des gewählten Herstellungsweges liquidieren, wenn auch der nicht gewählte Herstellungsweg teurer geworden wäre (BGH 6. Zivilsenat; 1970-05-26; VI ZR 168/68 zur Eigenreparatur). Die hiervon abweichende Rechtsprechung erhebt einen Gedanken zum Dogma - was der Geschädigte mit der Ersatzleistung mache, gehe den Schädiger nichts an - der aus Praktikabilitätsgründen allein für den Fall der vorgestreckten Herstellungskosten tragbar ist, nach erfolgreich durchgeführter Herstellung jedoch seine Berechtigung verliert, weil er das mit dem Ausgleichsprinzip verbundene Bereicherungsverbot verletzt. Abzulehnen sind deshalb Entscheidungen, die dem Geschädigten die wegen Eigenreparatur gar nicht angefallene Mehrwertsteuer zubilligen (so aber BGH 6. Zivilsenat; 1973-06-19; VI ZR 46/72) oder trotz Inzahlunggabe des beschädigten Fahrzeugs die fiktiven Reparaturkosten ersetzen (BGH 7. Zivilsenat; 1986-11-06; VII ZR 97/85). Mit Blick auf die Mehrwertsteuer hat der Gesetzgeber jetzt eine eindeutige Anordnung in § 249 Abs. 2 BGB getroffen.

Auch das (während der Reparatur oder bis zur Beschaffung der Ersatzsache) anfallende Interimsinteresse ist im Herstellungswege zu befriedigen. Der Schädiger muss etwa dem Geschädigten einen Mietwagen für diese Zeit stellen. Dabei hat er auch die Kosten einer Zusatzversicherung zu tragen. Andererseits muss der Geschädigte sich das anrechnen lassen, was er wegen der Nichtbenutzung der eigenen Sache spart. Das geschieht heute praktisch durch die Anmietung eines Wagentyps der nächst niedrigen Fahrzeugklasse. Wird das Interimsinteresse nicht im Herstellungswege befriedigt, sollte es nach erfolgter Herstellung der Hauptsache regelmäßig keinen Anspruch wegen entgangener Nutzungen geben.

Andere als sach- und gegenstandsbezogene, materielle Nachteile können ebenfalls durch Herstellung in Natur ausgeglichen werden: die Belastung mit einer Verbindlichkeit durch Freistellung, auch wenn der Geschädigte vermögenslos ist (BGH 2. Zivilsenat; 1972-06-29; II ZR 123/71); die kartellrechtswidrig verweigerte Lieferung (GWB §§ 26 Abs 2, 35 ) durch Annahme des Kaufangebots (BGH Kartellsenat; 1961-10-26; KZR 1/61 (Gummistrümpfe); ebenso der sittenwidrige (BGB § 826) Ausschluss von Leistungen durch Kontrahierung und Aufnahme; der nachteilige Vertragsschluss durch Aufhebung des Vertrages (BGH 8. Zivilsenat; 1968-02-28; VIII ZR 210/65) oder gar durch Anpassung des vereinbarten Preises (BGH 8. Zivilsenat; 1977-05-25; VIII ZR 186/75).

Ausgeschlossen ist die Rückgängigmachung von Amtshandlungen (BGH 3. Zivilsenat; 1952-02-11; III ZR 140/50). Sie muss im Verwaltungsrechtsweg erstritten werden.

Das Schadensrecht erweist sich als außerordentlich flexibel. Die Probleme liegen denn auch regelmäßig gar nicht im Bereich der Haftungsausfüllung, sondern einerseits im Bereich der Haftungsbegründung und andererseits in (ungelösten) Fragen der Konkurrenz zu den „systemgerechten“ BGB-Lösungen. Wo etwa die im System vorgesehenen Anfechtungsgründe versagen, soll dort über die Systemwertungen hinweg dem benachteiligten Vertragspartner aus culpa in contrahendo ein Lösungsrecht oder entgegen dem Alles-oder-nichts-Prinzip des Anfechtungsrechts eine Preisanpassung gewährt werden? Die Antworten müssen im Zusammenhang mit den je betroffenen Haftungsvorschriften gefunden werden.

### *b. Bereich immaterieller Güter*

Immaterielle Nachteile sind zunächst einmal solche, die den Geschädigten an Körper und Gesundheit treffen. Der Herstellungsanspruch umfasst sämtliche Maßnahmen, die geeignet und erforderlich sind, um den Verletzten wieder im ursprünglichen Umfang am gesellschaftlichen Leben teilhaben zu lassen: ärztliche Behandlung, Operation, Medikamente, der ärztlich gebotene Besuch des Verletzten von ihm nahe stehenden Personen, Kur und Nachbehandlung in einem Rehabilitationszentrum (Überblick bei Baltzer, VersR 1976, 1). Über Eignung und Erforderlichkeit der Maßnahmen sollte allein nach den Regeln der medizinischen und psychologischen Wissenschaft entschieden werden. Was der Verletzte sich ohne Haftpflicht des Verletzers hätte leisten können, ist ohne Belang (bedenklich KG Berlin; 1973-01-22; 12 U 1044/72). Das Schadensrecht gesteht den Armen wie den Reichen dieselbe Behandlung zu (zutreffend Esser/Schmidt, § 32 I 2).

Immaterielle Beeinträchtigungen, die außerhalb der Körper- und Gesundheitssphäre liegen, sind vor allem solche des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Hier kommen unterschiedliche Herstellungsmaßnahmen in Betracht: die Entfernung unrichtiger Zeugnisse aus den Personalakten; die Herausgabe von unbefugt hergestellten Abschriften und Photokopien von persönlichen Dokumenten; der Widerruf beleidigender Behauptungen, wenn die Unwahrheit der zu widerrufenden Behauptung feststeht (BGH 6. Zivilsenat; 1962-06-05; VI ZR 236/61). Lässt sich weder die Wahrheit noch die Unwahrheit der ehrverletzenden Behauptung beweisen, ist die adäquate Rechtsfolge der abgeschwächte Widerruf mit der Erklärung, dass die Behauptung nicht aufrechterhalten werden könne, weil sie nicht bewiesen werden könne. Der Bundesgerichtshof will indessen diesen abgeschwächten Widerruf nicht zulassen, solange der Kläger ernsthafte Anhaltspunkte für die Wahrheit der ehrenrührigen Behauptung nicht ausgeräumt hat (BGH 6. Zivilsenat; 1977-06-14; VI ZR 111/75 (Heimstättengemeinschaft) mit Nachweisen zur abweichenden Literatur). Diese Formel ist ihrer Vagheit wegen kaum als Anleitung für die untergerichtliche Praxis geeignet.

Eine immaterielle Beeinträchtigung liegt auch im Freizeitverlust. Die Frage ist, ob er im Herstellungswege etwa dadurch ausgeglichen werden kann, dass der Schädiger für die Bereitstellung neuer Freizeit sorgt (durch Bezahlung unbezahlten Urlaubs). Der Bundesgerichtshof lässt dies für die allgemeine Freizeit nicht zu (BGH 6. Zivilsenat; 1988-11-22; VI ZR 126/88; dazu Schmidt, Jürgen, NJW 1976, 1932 mit abweichenden Vorschlägen). Allein der „vertane Urlaub“ führt zu einem Ersatzanspruch (BGH 7. Zivilsenat; 1974-10-10; VII ZR 231/73). Unter Herstellungsgesichtspunkten kann es jedoch keinen Unterschied zwischen Urlaubszeit und allgemeiner Freizeit geben. Beide dienen dem schon und noch im Arbeitsleben Stehenden zur Reproduktion seiner Arbeitskraft. Werden sie ihm haftungsbedingt genommen, so kommt als Herstellungsmaßnahme die Bereitstellung neuer Freizeit in Betracht. Die Frage ist deshalb eine andere. Wieviel an nicht ausgleichsfähigen Einbußen will man dem Geschädigten als Eigenlast zumuten? Um nicht die Solidargemeinschaft der Versicherten, die den Hauptteil der Kosten tragen müsste, mit weiteren und derzeit unübersehbaren Schadensposten zu belasten, sollte man im Einklang mit dem Bundesgerichtshof den Freizeitverlust unersetzt lassen, zumal man ihn bei entsprechendem Interesse durch Abschluss von Rechtsschutzversicherungen verringern kann. Der Anspruch auf Ersatz „vertanen Urlaubs“ bleibt hiervon unberührt, da der Urlaub dessen, der im Arbeitsleben steht, Vermögenswert hat, der unabhängig von Herstellungsansprüchen nach § 251 zu kompensieren ist.

### *c. Erstattung der Herstellungskosten*

§ 249 Abs. 2 und § 250 BGB „verwandeln“ den Anspruch auf Herstellung in Natur in einen Anspruch auf Erstattung der Herstellungskosten. Dabei gibt § 249 Abs. 2 dem Geschädigten von vornherein eine Wahlmöglichkeit (*facultas alternativa*), während § 250 Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung verlangt und sodann den Herstellungsanspruch in Natur ausschließt. Der Fristsetzung bedarf es dann nicht, wenn der Verpflichtete etwa zu erkennen gibt, dass er auf keinen Fall Schadensersatz durch Naturherstellung leisten könne oder wolle (BGH 3. Zivilsenat; 1963-09-30; III ZR 137/62). Der Geldanspruch der § 249 Abs. 2 und § 250 ist nicht zu verwechseln mit dem Geldanspruch aus § 251. Dieser ist Kompensationsanspruch und wahrt das Vermögensinteresse; jener bleibt dagegen Herstellungsanspruch und ist an die Möglichkeit der Herstellung geknüpft.

Die auf Kostenersatz gehenden Herstellungsansprüche erfassen grundsätzlich nur die Kosten solcher Maßnahmen, die zur Herstellung erforderlich sind. Zur Beurteilung der Erforderlichkeit ist eine *ex-ante*-Betrachtung maßgeblich, so dass auch fehlgeschlagene Maßnahmen als erforderlich angesehen werden können. Mit dieser Betrachtung fällt das Prognoserisiko dem Schädiger zu. Damit bleibt die Risikoverteilung wie beim (vorrangigen) Anspruch auf Herstellung in Natur. Sie belastet den Schädiger auch mit dem Mehraufwand, den ohne Verschulden des Geschädigten die von diesem beauftragte Werkstatt infolge unwirtschaftlicher und unsachgemäßer Maßnahmen verursacht hat (BGH 6. Zivilsenat; 1974-10-29; VI ZR 42/73), selbst dann, wenn der Geschädigte infolge unrichtiger Beratung durch einen Sachverständigen eine reparaturunwürdige Sache reparieren lässt (BGH 6. Zivilsenat; VI ZR 249/73). Nicht erforderlich ist eine außerordentlich aufwendige Anzeigenaktion, wenn sich derselbe Erfolg (unverzügliche Richtigstellung einer im Fernsehen verbreiteten Behauptung) durch den presserechtlichen Gegendarstellungsanspruch erreichen lässt (BGH 6. Zivilsenat; 1976-04-06; VI ZR 246/74 (Der Fall Bittenbinder)).

Zu den Herstellungskosten rechnen auch Kosten, die für die Herstellung vorbereitende Maßnahmen aufgewendet werden: Kosten für die Inanspruchnahme von Fremdmitteln, soweit dem Geschädigten die Herstellung nur durch die Aufnahme von Fremdmitteln möglich und zumutbar ist (BGH 6. Zivilsenat; 1973-11-06; VI ZR 27/73); auch Kosten für die Erstellung eines Sachverständigengutachtens, ohne das nicht über die Reparaturmöglichkeit befunden werden kann. Allgemeine Rechtsverfolgungskosten sollten dagegen erst dann ersetzt werden, wenn der Schädiger mit seiner Leistung in Verzug gekommen ist, und nur dann, wenn die prozessrechtlichen Kostenregeln nicht eingreifen. Die



Praxis ist hier weniger streng (vgl. die Nachweise bei Heinrichs in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 249 Rn. 20).

## **2. Der Kompensationsanspruch**

Rechtsfolge des Kompensationsanspruchs aus § 251 BGB ist der Ausgleich des Vermögensverlustes in Geld. Maßgeblich sind die Wiederbeschaffungskosten für den Geschädigten.